Die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Hansischen Universität Hamburg

vorgelegt von

EBERHARD GRIMME
aus Kiel

Hamburg 1937

Gutachter: Professor Dr. R. Sieverts

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DRUCK: A. PREILIPPER, WERKE UND DISSERTATIONEN / HAMBURG 11

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

I. Allgemeiner Teil 7

1. Gesetzeskonkurrenz ist unabhängig von dem Bestande der Ideal- und Realkonkurrenz, da sie im Gegensatz zu diesen auf der Identität des Rechtsgüterschutzes beruht 7

2. Methode zur Bestimmung der Rechtsgüter 10

3. Ist Verbrechen Rechtsguts- oder Pflichtverletzung 15

4. Aus der Identität des Güterschutzes folgt, daß der kriminelle Gehalt des anzuwendenden Tatbestandes die Handlung erschöpfend erfaßt 21

5. Die Zusammensetzung des kriminellen Gehaltes 23

6. Die Zahl der Fälle der Gesetzeskonkurrenz kann nicht reduziert werden 25

II. Besonderer Teil 26

1. Spezialität 26

a) Entstehungsgrund der Spezialität 26

b) Bestimmung der Merkmale der Spezialität 27

2. Subsidiarität 30

a) Entstehung der subsidiären Normen 30

b) Handlungseinheit und Handlungsmehrheit 31

c) Bestimmung der Merkmale der Subsidiarität 32

d) Spezialität und Subsidiarität sind nicht im Grunde das gleiche . 35

e) § 49a ist nicht schlechthin eine subsidiäre Norm 36

f) Der Versuch ist der Vollendung nicht subsidiär, wird auch nicht schlechthin von ihr konsumiert 38

g) Fortsetzung der Erörterungen über den § 49a 42

h) Das entscheidende Merkmal der Subsidiarität ist der der subsidiären Norm notwendig innewohnende Hinweis auf weitere Handlungen des Täters 45

i) Die Gefährdungsdelikte stehen zu den Verletzungsdelikten nicht im Verhältnis der Subsidiarität 47

3. Konsumtion 49

a) Nachweis der Berechtigung des Begriffes 49

b) Eine Unterteilung der Konsumtion in drei Fälle ist aus Gründen der Klarheit notwendig 52
aa) Konsumtion als Handlungseinheit 52
bb) Konsumtion als Handlungsmehrheit 56
1. Konsumtion der Beihilfe durch die Täterschaft . . . 57
2. Konsumtion der Beihilfe durch die Anstiftung 58
cc) Konsumtion als strafumfassende Nachtat 60
1. Die Absichtsdelikte 60
2. § 265 ist keine lex consumta 62
3. Die dargelegten Gründe sind für alle Fälle der strafumfaßten Nachtat maßgebend 63

III. Schluß. Eine legislative Behandlung der Gesetzeskonkurrenz kommt nicht in Betracht 64

EINLEITUNG.

Wie alle Probleme der Rechtswissenschaft hat auch die Gesetzeskonkurrenz im Schrifttum ihre Behandlung erfahren. Jedoch muß diese Behandlung als etwas stiefmütterlich bezeichnet werden. Denn sie ist nur selten Gegenstand einer eingehenden Auseinandersetzung gewesen. Vielmehr ist sie fast stets nur im Zusammenhang mit der Ideal- und Realkonkurrenz erörtert worden, woraus sich erklären mag, daß sie bis heute noch zu den ungeklärtesten Erscheinungen im Strafrecht gehört. Fast stets hat man sich damit begnügt, das Alte, wenn auch in etwas veränderter Form, zu übernehmen. Ein gutes Beispiel für diese Behauptung bietet der Leipziger Kommentar in seinen verschiedenen Auflagen: auch die neueste Auflage bringt für das Problem keine neuen Erkenntnisse, wiederholt vielmehr die früheren Definitionen, ohne eine Klärung zu bringen.

Da die Gesetzeskonkurrenz fast ausschließlich nur „nebenbei" behandelt worden ist, so folgt daraus für eine Arbeit, die sich dieses Problem als Hauptthema gestellt hat, die Notwendigkeit, möglichst losgelöst von der Literatur vorzugehen. Denn eine Klärung kann nur dann gewonnen werden, wenn man, ausgehend lediglich von einer Betrachtung der Gesetzestatbestände, gleichsam primitiv fortschreitend, Wesen und Grundlagen der Erscheinung zu erfassen versucht, um so eine Klärung eines Problems zu finden, das, obwohl allgemein als bestehend anerkannt, doch im Gesetz keine ausdrückliche Bestätigung findet.

Auch die Rechtsprechung darf, da sie sich nur mit einzelnen Fällen beschäftigt und folglich für einen ganzen Komplex nur in bestimmtem Umfange Erkenntnisquelle sein kann, nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie grundsätzliche Stellungnahmen enthält. Die vorliegende Arbeit ist also ganz bewußt erst in letzter Linie auf die bereits vorhandene Gedankenarbeit aufgebaut, sie zieht vielmehr ihre Erkenntnisse aus einer fast rein meditativen Behandlung des Problems.

I. ALLGEMEINER TEIL.

1. GESETZESKONKURRENZ IST UNABHÄNGIG VON DEM BESTANDE DER IDEAL- UND REAL-KONKURRENZ, DA SIE IM GEGENSATZ ZU DIESEN AUF DER IDENTITÄT DES RECHTS-GÜTERSCHUTZES BERUHT.

Das Bestreben der letzten Strafrechtsentwürfe ist dahin gegangen, eine Vereinfachung auf dem Gebiete der Verbrechenskonkurrenz zu erreichen. Als Folge dieser Bemühungen ist in den verschiedenen Entwürfen die Unterscheidung der bisherigen Ideal- und Realkonkurrenz fortgefallen. Stattdessen wird bestimmt, daß in dem Falle, in dem mehrere Gesetzesverletzungen eines Täters zur Aburteilung stehen, stets eine Erhöhung der Strafe einzutreten habe, gleichgültig, ob diese mehreren Gesetzesverletzungen durch eine oder mehrere natürliche Handlungen bewirkt seien. Die Entwürfe haben sich also auf den Standpunkt gestellt, daß wegen jedes erfüllten Tatbestandes eine besondere Bestrafung zu erfolgen habe, daß es dem Täter nicht zum Vorteile gereichen dürfe, wenn er mehrere Gesetze durch nur eine Handlung verletze, weil dadurch die Strafwürdigkeit nicht geringer werden könne. Auch die Berichte über die Arbeiten der jetzigen Strafrechtskommission[1] lassen erkennen, daß die Fortlassung der Unterscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz erwogen wird.

Angesichts dieser Tatsache ist die Frage berechtigt, ob durch den Fortfall der Begriffe Ideal- und Realkonkurrenz weiter auch der Bestand jeder Konkurrenz von Gesetzestatbeständen, also auch der „Gesetzeskonkurrenz" in Frage gestellt werde, besteht doch das Wesen jeder Konkurrenz darin, daß mehrere Gesetze „zusammenlaufen", also an sich zu berücksichtigen sind. Ein Gesetzestatbestand ist dann zu berücksichtigen, wenn eine Handlung ihm subsumierbar ist, d. h., wenn sich die von einem Täter begangene Handlung mit der in einem bestimmten Tatbestand beschriebenen deckt. Dann ist der Tatbestand erfüllt[2]. Verwirtlicht die Handlung oder die Handlungen gleichzeitig mehrere Tatbestände, dann liegt eine Konkurrenz dieser Tatbestände vor. Zwei Arten solcher Konkurrenz sind in den §§ 73, 74 StGB beschrieben. Die Gesetzeskonkurrenz fällt jedoch nicht darunter.

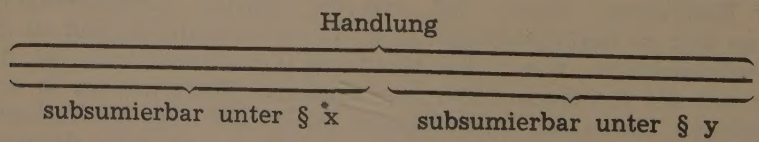
---

[1] Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission von Gürtner.
[2] v. Buri, Einheit, S. 7.

Die Ansicht, daß § 73 auf die Gesetzeskonkurrenz nicht anwendbar sei, wird auch von v. Olshausen[3] vertreten. Die Beweisführung, mit der er seine Behauptung begründet, kann jedoch nicht anerkannt werden. v. Olshausen argumentiert, daß § 73 aus dem Grunde auf die Gesetzeskonkurrenz nicht anwendbar sei, weil die Voraussetzung, daß mehrere Gesetze erfüllt sein müßten, nicht vorliege. Wäre das jedoch nicht der Fall, dann könnte bei der Gesetzeskonkurrenz ein Problem gar nicht entstehen. Denn wenn nicht mehrere Gesetze erfüllt sind, entsteht auch keine irgendwie geartete Konkurrenz, weil ein Gesetz mit sich allein nicht konkurrieren kann.

Mehrere Gesetze sind vielmehr auch bei der Gesetzeskonkurrenz erfüllt; denn es streiten hier gerade die mehreren Gesetze um ihre Anwendbarkeit. § 73 hat nun zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die mehreren Gesetze n e b e n e i n a n d e r zur Anwendung kommen können, weil mit Bestrafung aus dem einen die Vergeltung nicht vollkommen wäre. Bei der Gesetzeskonkurrenz schließen die mehreren erfüllten Gesetze einander aus; denn hier wird durch Bestrafung aus einem allein eine volle Vergeltung erreicht, e i n Gesetz erfaßt bei der Subsumierung die betreffende Tat in vollem Umfange.

Die Vorschrift des § 73 entsprang den Erwägungen, daß bei Verletztsein mehrerer Gesetzestatbestände die rechnerische Zusammenstellung der zu verhängenden Strafen leicht zu ungerechtfertigten Härten führen könnte, zumal der Täter ja nur eine Handlung vorgenommen hatte. Diese Gründe konnten aber nur dann maßgebend sein, wenn tatsächlich eine Zusammenzählung der Strafen hätte vorgenommen werden dürfen, wenn also die mehreren verletzten Tatbestände nebeneinander zur Anwendung kommen konnten. Diese Voraussetzung liegt bei der Gesetzeskonkurrenz nicht vor. Der grundlegende Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz einerseits und Gesetzeskonkurrenz andererseits läßt sich am anschaulichsten graphisch darstellen. Bei der Realkonkurrenz können naturgemäß keine Schwierigkeiten entstehen: durch mehrere Handlungen sind mehrere Gesetze verletzt. Jede Verletzung ist eine in sich abgeschlossene Einheit, die zu der anderen in keiner anderen Beziehung steht, als daß beide gleichzeitig abgeurteilt werden. Bei der Idealkonkurrenz würde die Feststellung des Richters folgendermaßen aussehen:

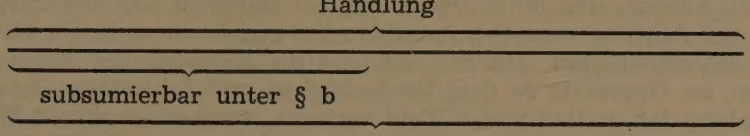


Erst die §§ x + y zusammengenommen erfassen die ganze Handlung, sie sind beide für sich auf einen selbständigen Handlungsteil anwendbar. Nur die Bestrafung aus beiden würde erst eine volle Vergeltung bringen. Das ist der Fall des § 73, daß die anzuwendenden Gesetzestatbestände einander nicht ausschließen.

[3] § 73, Anm. 12.

Anders bei der Gesetzeskonkurrenz. Ihr Wesen, mag sie als Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion auftreten, besteht darin, daß nur ein Gesetzestatbestand anzuwenden ist, daß dieser aber die zur Aburteilung stehende Handlung erschöpfend erfaßt, so daß mit Bestrafung aus diesem einen Gesetze dem Strafanspruch des Staates Genüge getan ist, und zwar aus dem Grunde, weil in allen Fällen der Gesetzeskonkurrenz im Enderfolg nur eine Verletzung der in den verschiedenen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter eingetreten ist. Während also in den Fällen der §§ 73, 74 jedes der erfüllten Gesetze zur Anwendung kommen muß, weil jedes ein besonderes Rechtsgut schützt, ist bei der Gesetzeskonkurrenz der Schutz des allein anzuwendenden Gesetzes umfassend.

Am deutlichsten veranschaulicht den Unterschied zu § 73 der Fall der Spezialität:



Man denke bei dieser Zeichnung an den Einbruchdiebstahl: der Diebstahl ist subsumierbar dem § b, es bleibt zwar noch ein Teil der Handlung übrig, so daß zunächst dasselbe Bild zu entstehen scheint wie bei der Idealkonkurrenz. Dann ergibt sich aber, daß der § a den restlichen Handlungsteil u n d den Diebstahl in sich begreift. § b war also zusammen mit § a hinsichtlich dieser einen Handlung nicht anwendbar, § a schloß den § b aus. Daß dieser Fall nichts mit § 73 gemein hat, leuchtet ein. Folglich kann aber auch ein Wegfall der Ideal- und Realkonkurrenz keinen Einfluß auf den Fortbestand der Gesetzeskonkurrenz haben.

Die §§ 73 und 74 geben besondere Anweisungen über die Strafzumessung[4], nur auf diesem Gebiet liegt ihre Bedeutung. Die Problemstellung bei der Gesetzeskonkurrenz ist eine ganz andere: hier streiten mehrere Gesetze um ihre alleinige Anwendung. Es liegt eine Konkurrenz im wirklichen Sinne vor. In den Fällen der §§ 73 und 74 kann man nicht so sehr von einer Konkurrenz, als vielmehr nur von einem Zusammentreffen von Gesetzestatbeständen sprechen: die mehreren Gesetze müssen auf die zur Aburteilung stehende Handlung angewendet werden, es handelt sich nur noch um die Strafzumessung. Gesetzeskonkurrenz und die Fälle der §§ 73 und 74 sind voneinander völlig unabhängig. Es beruht nämlich die Erscheinung „Gesetzeskonkurrenz" auf der Identität des Rechtsgüterschutzes zweier Tatbestände, während der Rechtsgüterschutz bei der Ideal- und Realkonkurrenz auseinanderfällt.

[4] Hirschberg, ZStW. 53/36.

2. METHODE ZUR BESTIMMUNG DER RECHTSGÜTER.

Die Behauptung, daß der Gesetzeskonkurrenz die Identität des Rechtsgüterschutzes zugrunde liegt, verlangt eine Untersuchung darüber, was Rechtsgut ist und wie es bestimmt werden kann. Denn die Identität des Geschützten läßt sich nicht feststellen, wenn das Geschützte selbst nicht erkannt ist. Zur Beantwortung der gestellten Frage ist eine Besinnung auf den Zweck der Strafgesetzgebung nötig, der Zweck wird Grund und Anlaß der Normensetzung offenbaren, aus dem Grund muß sich das Rechtsgut ergeben.

Als Wegweiser kann der in seiner anspruchslosen Einfachheit geniale Satz Macchiavellis[5] dienen:

„Als sich nachher ihr (der Menschen) Geschlecht vermehrte, schlossen sie sich zusammen und begannen, um sich besser verteidigen zu können, den unter ihnen, der am stärksten und beherztesten war, mit Achtung anzusehen, machten ihn gleichsam zu ihrem Haupte und gehorchten ihm. Hieraus entstand die Kenntnis des Edlen und Guten, im Gegensatz zu dem Verderblichen und Schlechten: denn da sie sahen, daß es Haß und Mitleid erzeugte, wenn einer seinen Wohltäter verletzte, da sie die Undankbaren tadelten und die Dankbaren ehrten, und da sie überdies dachten, es könnten ihnen die Beleidigungen selbst zugefügt werden, so entschlossen sie sich, um ähnliches Unheil zu vermeiden, Gesetze einzuführen und Strafen gegen die Zuwiderhandelnden festzusetzen, wovon sich der Begriff der Gerechtigkeit herleitet."

Es kam also erst zur Aufstellung von Gesetzen, als sich die Menschen zu Gemeinschaften zusammengeschlossen hatten, und die Gesetze sollten solche menschlichen Angriffe abwehren, die für schädlich und verwerflich gehalten wurden. Diese Erkenntnis floß aus dem natürlichen, dem Menschen innewohnenden Rechtsempfinden. Das Volksbewußtsein reagiert also auf menschliches Verhalten stets entweder mit einem Wert- oder Unwerturteil[6]. Die Handlungen, die ein Unwerturteil auslösen, stehen mit der Volksanschauung im Widerspruch. Da der Staat die Verkörperung des Volkes ist, ist er bestrebt, solche Handlungen zu verhindern. Er statuiert daher Normen, die ein richtiges Verhalten der Rechtsunterworfenen herbeiführen sollen. Im Falle des Ungehorsams treten für den den Gehorsam Verweigernden Rechtsfolgen nachteiliger Art ein. Anlaß der Normensetzung, Motiv dafür, sind also die Handlungen gewesen, die ein Unwerturteil ausgelöst haben[7]. Zweck der Normensetzung war folglich der, solche Handlungen zu verhindern. Denn eine Gemeinschaft kann nur dann Bestand haben, wenn jedes Mitglied seine Handlungen so einrichtet, daß es die Gemeinschaft, die auch ihm Schutz und Lebensmöglichkeit gewährt, achtet. Gemeinschaftsnützlich oder doch nicht schädlich

---

[5] a. a. O., S. 13.

[6] Hegler, a. a. O., S. 23.

[7] Binding, N. I. 357; Finger, GS. 40/141; Oetker, ZSTW. 17/493.

sind die Handlungen, auf die das Gemeinschaftsbewußtsein entweder positiv oder gar nicht reagiert. Durch solches Verhalten wird die Gemeinschaftsordnung gewährleistet oder doch nicht bedroht.

Gegen die übrigen, gemeinschaftswidrigen (asozialen) Handlungen schützt sich die Gemeinschaft durch die Normen[8]. Alle Normen sind demnach Schrankensetzung für das menschliche Verhalten[9]. Alles, was innerhalb der Schranken liegt, wird vom Gesetzgeber, also auch von dem Volksbewußtsein, dem der Gesetzgeber letzten Endes Ausdruck gibt, gebilligt. Die Strafrechtsnormen beschreiben Handlungen, die mit einem Unwerturteil belegt werden, weil sie sich gegen die Gemeinschaftsordnung richten[10]. Fällt eine Handlung unter die vom Gesetzgeber in der Norm gewählte Beschreibung, so verstößt sie damit gegen die Norm und verletzt die tatsächliche Ordnung der Gemeinschaft. Da die Normen durch die Strafdrohung gerade diese Handlungen verhindern wollen, ist ihnen eben die Schutzfunktion wesentlich, der Gesetzgeber wollte schützen. Nun ist klar, daß man nur das schützen kann, was auch verletzbar ist. Unverletzbares bedarf nicht des Schutzes. Die Suche nach dem Objekte des Schutzes muß also nach etwas Verletzbarem fahnden.

Die Norm selbst kann nicht beeinträchtigt werden, also nicht Schutzobjekt sein. Sie wird vielmehr durch die ihr subsumierbare Handlung nicht nur nicht angetastet, sondern sogar erst zur höchsten Kraftentfaltung gebracht. Auch die Gesamtheit der Normen ist mithin unverletzbar. Die Normen wollen ja s c h ü t z e n , können also nicht gleichzeitig Objekte des Schutzes sein. Wie der Fechtende mit dem Degen sein Leben verteidigt, und nicht den Degen, so ist für den Staat die Norm die Waffe, mit der er die Ordnung in der Rechtsgemeinschaft gegen Angriffe schützt. Schutzobjekt des Normeninbegriffes ist die staatliche Rechtsordnung, Schutzobjekte der einzelnen Normen sind die Grundlagen dieser Ordnung, die Pfeiler, auf denen das Gebäude der Rechtsordnung ruht.

Bei dem Bemühen, die Schutzobjekte zu bestimmen, sind in der Literatur die mannigfaltigsten Ansichten entstanden, die jedoch zur Klarstellung wenig beigetragen haben. Erst die Schriften Hirschbergs[11] und Honigs[12] haben den Weg zur Erkenntnis gewiesen. Die Schwierigkeit der Bestimmung des Schutzobjektes liegt auf der Hand; denn der Gesetzgeber hat es nur in den allerwenigsten Fällen ausdrücklich erwähnt (z. B. § 126 StGB öffentlicher Friede). Vielmehr liegt es fast immer außerhalb des Tatbestandes. Dies wird klar bei der Betrachtung der Tatbestände des besonderen Teiles des geltenden Strafgesetzbuches: die Mehrzahl der in den Normen beschriebenen Handlungen vollziehen sich an einem Objekt, z. B. Unzucht mit einer Frauensperson, Unterschlagung einer Sache. Daß nicht die Frauensperson und die Sache Anlaß der Normensetzung war, kann nicht

[8] Hegler, a. a. O., S. 28.
[9] Schaffstein, Zur Problematik, S. 18.
[10] Sieverts, a. a. O., S. 116.
[11] Hirschberg, Schutzobjekte.
[12] Honig, Die Einwilligung.

zweifelhaft sein. Sie sind vielmehr nur Durchgangsobjekte, durch deren Verletzung erst das eigentliche Schutzobjekt angegriffen wird. Dieses Durchgangsobjekt ist in der Literatur mit „Handlungsobjekt[13]" bezeichnet worden, als das Objekt, an dem sich die in der Norm beschriebene Handlung vollzieht. Das Handlungsobjekt ist nie Schutzobjekt[14]. Seine Klarstellung ist nur insofern von Bedeutung, als damit die Objekte ausgeschieden werden, die sicher nicht Schutzobjekte sind, so daß sich der Kreis der in Betracht kommenden Faktoren verengt.

Die naturrechtliche Schule vertrat seit Feuerbach den Satz, daß jedes Verbrechen die Verletzung eines subjektiven Rechtes sei, daß mithin als Schutzobjekte der Verbrechen nur subjektive Rechte zu gelten hätten[15]. Diese Behauptung erklärt sich aus der unverhältnismäßig weiten Fassung des Begriffes „subjektives Recht". Die Anhänger Feuerbachs argumentierten folgendermaßen[16]: Jedes Verbrechen ist rechtswidriges Verhalten, jedes Verbrechen verletzt also eine Pflicht, dieser Pflicht muß notwendig das subjektive Recht eines Subjektes auf Einhaltung dieser Pflicht gegenüber stehen. Folglich ist jedes Verbrechen die Verletzung eines subjektiven Rechtes.

Die Unrichtigkeit dieser Bestimmung des subjektiven Rechtes ist durch die grundlegenden Erörterungen Zitelmanns[17] nachgewiesen worden. Zitelmann betont richtig, daß dem subjektiven Rechte die staatlich garantierte, aber dem Belieben des einzelnen Berechtigten überlassene Durchsetzbarkeit wesentlich ist. Mit dieser Erkenntnis kann die nturrechtliche Behauptung, jedes Verbrechen sei die Verletzung eines subjektiven Rechtes, widerlegt werden. Hätten Feuerbach und Anhänger Recht, dann müßten die meisten strafrechtlichen Normen solche subjektiven Rechte erst begründen. Gegen das durch die Strafrechtsnorm begründete subjektive Recht würde sich das Verbrechen richten, und der Träger des Rechtes könnte sich wehren, indem er von sich aus für eine Bestrafung des Täters durch den Staat Sorge trägt. Das kann er aber nur in den seltenen Fällen der Antragsdelikte, bei allen anderen Verbrechen wird der Staat von sich aus tätig, ohne auf den Willen des Verletzten Rücksicht zu nehmen.

Die Strafrechtsnormen begründen also keine subjektiven Rechte, es gibt kein subjektives Recht auf Leben, Freiheit, Gesundheit, Verfassungssicherheit usw. Die vom Strafrecht geschützten Interessen können somit nicht subjektive Rechte sein. Man kann nicht einwenden, daß z. B. der Diebstahl eine Verletzung des subjektiven Rechtes „Eigentum" sei. Einmal wird das subjektive Recht des Eigentums nicht durch § 242 StGB begründet, sondern durch die außerstrafrechtliche Disziplin des bürgerlichen Rechtes. Weiter ist aber

---

[13] Schütze, a. a. O., S. 64 f.; Köstlin, a. a. O., S. 357; v. Liszt, ZSTW. 8/151; Oppenheim, Objekte, S. 153 f.

[14] Zust. Sieverts, a. a. O., S. 121.

[15] Feuerbach, L., 13. Aufl.; Martin, L., S. 148; Marezoll, S. 176; John, GA. III, S. 512.

[16] Löning, Vorw. IV.

[17] Int. Priv. R. I, S. 45 f.

oben ausgeführt, daß Schutzobjekt nur etwas Verletzbares sein kann, was das subjektive Recht zweifellos nicht ist; denn es ist als etwas Begriffliches einer Handlung nicht zugänglich. Nicht das Eigentumsrecht selbst ist verletzlich — der Bestohlene bleibt der Eigentümer —, sondern nur sein Ausfluß, die freie Herrschaftsmöglichkeit über die dem Eigentum unterliegenden Sachen.

Die subjektiven Rechte können also nicht Schutzobjekte der Normen sein. Diese individualistische Zwecksetzung steht auch im Widerspruch mit dem publizistischen Charakter des Strafrechtes, das ausschließlich im Dienste der Interessen der Gesamtheit steht[18]. Können aber die subjektiven Rechte deswegen nicht Schutzobjekte sein, weil eine solche Auffassung nicht dem Charakter des Strafrechtes entspricht, so müssen diese sich notwendig aus dem Charakter und Zweck des Strafrechtes ergeben.

Hier hat der soziologische Positivismus[19] Bahnbrechendes geleistet. Er ging aus von dem Leitgedanken, daß das Recht der Wahrung und Förderung des Gemeinschaftslebens diene. Dann kamen als Schutzobjekte alle Lebensbedingungen der Gemeinschaft in Betracht[20]. Welches diese sind, läßt sich nur aus der jeweiligen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verfassung einer Gemeinschaft entnehmen[21]. Denn die Rechtsgüterwelt ist abhängig von der Idee des herrschenden Staates[22]. Die Werte der Gemeinschaft werden durch den ihnen durch die Strafrechtsnormen zuteil werdenden Schutz zu „Rechtsgütern". Sie allein sind die Schutzobjekte.

Auch Hirschberg[23] ist davon ausgegangen, daß die Rechtsordnung den Zweck hat, die Güter der Gemeinschaft zu sichern und zu schützen. Es kam ihm jedoch bei seiner Untersuchung darauf an, nachzuweisen, nicht welches diese Güter sind, sondern wie sie sich konstruieren lassen[24]. Dabei kam er zu dem Ergebnis, daß alle Schutzobjekte als „Zustände" darstellbar seien[25]. Sein Ergebnis ist bedingt durch die Suche nach etwas Verletzbarem, das logischerweise bei den Schützbestrebungen der Normen vorhanden sein mußte[26]. Es ist aber nicht einzusehen, warum in der Erkenntnis dessen, daß die Schutzobjekte die Güter der Gemeinschaft sind, sich noch die Mühe machen mußte, diese als Zustände zu konstruieren[27]. Die Schwierigkeiten in der Bestimmung der Schutzobjekte wurden dadurch zweifellos vergrößert; denn die Methode Hirschbergs nötigt erst zur Bestimmung des Rechtsgutes und dann zur Konstruierung dieses als Zustand. Die Suche nach den Schutzobjekten der Verbrechen ist notwendig mit der Erkenntnis abgeschlossen, daß es die

[18] Honig, Einwilligung, S. 115.
[19] Begr. v. Birnbaum, a. a. O., S. 149 ff.
[20] Jhering, S. 345; Binding, N. I, S. 358.
[21] Ehrlich, S. 384.
[22] Sieverts, a. a. O., S. 123.
[23] Schutzobjekte, S. 115.
[24] S. 45.
[25] S. 68 ff.
[26] S. 10.
[27] Zust. Sieverts, S. 121.

Gemeinschaftswerte sind. Diese sind dann jeweils in den einzelnen Fällen zu bestimmen. Hirschberg bietet jedoch für diese Bestimmung kein Hilfsmittel. Es gibt keine weitere Möglichkeit, die Schutzobjekte ihrem Wesen nach einheitlicher zu erfassen als durch die Feststellung, daß sie die Werte einer Volks- und Rechtsgemeinschaft sind. Das ist bei der Verschiedenheit und Anzahl der Werte auch einleuchtend. Hirschbergs Methode führt „über neue, weitere Umwege zu denselben Fragestellungen[28]“ wie die anderen Schutzobjektstheorien: welches das Schutzobjekt der einzelnen Norm sei.

Zur Lösung dieser Frage ist es notwendig, sich die Vorstellungen und Absichten zu vergegenwärtigen, die dem Gesetzgeber bei Aufstellung der Normen vorgeschwebt haben.

Der Zweck der Strafrechtssätze liegt in der Regelung des menschlichen Verhaltens gegenüber den anerkannten Werten einer Volksgemeinschaft. Dasjenige menschliche Verhalten, das der Gesetzgeber in Verfolg seiner Erwägungen als unerwünscht erkannt hat, tritt in den Deliktstatbeständen als deliktische Handlung hervor. Ist aber diese Handlung verboten, weil sie den Bestand oder Zustand eines Gemeinschaftswertes verletzt oder gefährdet, so muß der Weg über diese Handlung zu dem angegriffenen Gemeinschaftswert führen[29], der das Schutzobjekt dieses Verbrechenstatbestandes ist. Die Handlung wird von dem Unwerturteil der Volksgemeinschaft auf den angegriffenen Gemeinschaftswert bezogen. Die Frage, warum d i e s e Handlung zu mißbilligen sei, muß stets die Antwort finden, weil sie sich gegen d i e s e n anerkannten Gemeinschaftswert richtet.

Wer jedoch, wie Hirschberg, versuchen sollte, die Schutzobjekte einheitlich zu bestimmen, wird stets mit leeren Händen zurückkommen, weil ein solches Unterfangen nicht der mannigfaltigen Rechtswirklichkeit entsprechen kann. In denselben Fehler verfällt auch Honig, der das Rechtsgut ganz abstrakt dahin bestimmen will, daß es „diejenige kategoriale Synthese ist, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist, der vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel[30]“. Mit einer solchen Formulierung ist nichts gewonnen. Sie ist auch nicht richtig, wenn sie sagt, Rechtsgut sei der „Zweck des Gesetzgebers ...“. Rechtsgut selbst ist kein Zweck, ihm dienen nur die Zwecke des Gesetzgebers. Man muß sich eben damit abfinden, daß die Rechtsgüter weder einheitlich bestimmt werden können, noch ihr Wesen in einer anderen Formel zum Ausdruck gebracht werden kann, als daß sie die anerkannten Werte einer Gemeinschaft sind. Die Verschiedenartigkeit der Lebensbedingungen einer Gemeinschaft gemäß sind auch die Schutzobjekte verschieden. Für die Gemeinschaft können wertvoll sein Zustände, Gefühle, Rechte, Pflichten usw.[31]. Man ist also durch die Erkenntnis, daß Schutzobjekte der

[28] Honig, Einwilligung, S. 83.
[29] Zust. Sieverts, S. 124.
[30] Einwilligung, S. 94.
[31] Oppenheim, S. 184; Honig, Einwilligung, S. 117.

Verbrechen die Gemeinschaftswerte sind, im Einzelfalle nicht der Gedankenarbeit überhoben, festzustellen, welches der hier zugrunde liegende Wert ist. In der Norm selbst ist er nur in den allerwenigsten Fällen enthalten. Er kann daher nur durch eine die Handlung auf den Gemeinschaftswert beziehende Betrachtungsweise[32] gefunden werden, und zwar dadurch, daß man vom Tatbestand den Weg zum Rechtsgut zurückgeht[33].

3. IST VERBRECHEN RECHTSGUTS- ODER PFLICHTVERLETZUNG.

Bevor das vorliegende Thema auf der bisher entwickelten Grundlage weiter behandelt werden kann, ist eine Auseinandersetzung mit der „Kieler Strafrechtsschule" (Dahm, Scharffstein) notwendig. Und zwar aus dem Grunde, weil sie lehrt, Verbrechen sei nicht Rechtsgutsverletzung, sondern Pflichtverletzung. Sollte das zutreffen, dann müßten die hier entwickelten Grundsätze als nicht gültig beiseite gelegt und das Problem von einer anderen Seite her angefaßt werden.

Hier war davon ausgegangen, daß Verbrechen Rechtsgutsverletzung sei, daß der leitende Zweck des Gesetzgebers bei Aufstellung der Normen der war, die Rechtsgüter zu schützen. Demgegenüber sagt die Kieler Schule[34], daß alle Delikte „ihrem Wesen nach eine Verletzung der Pflichten gegen die Volksgemeinschaft darstellen, daß die Abstufung der Strafandrohung nach dem Werte des verletzten oder gefährdeten Angriffsobjektes lediglich auf einer verschiedenen Bewertung der durch die Tat begangenen Pflichtverletzung beruht[35]". Wenn Schaffstein angeblich nur eine Akzentverlagerung anstrebt, und auch einer Rücksicht auf die Verschiedenheit der Angriffsobjekte nicht völlig glaubt entraten zu können, so läßt er doch keinen Zweifel darüber, daß er die Bestimmung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung restlos ablehnt.

Es ist zunächst bei der Zugrundelegung der Auffassung der Kieler Schule nicht ersichtlich, wie man sich die Bestrebungen eines Gesetzgebers vorstellen soll.

Soll dieser statt des Rechtsgüterkapitals ein Pflichtenkapital einführen? Soll er, als ein Zwecke verfolgender Mensch, die Reinheit der Gesinnung herbeiführen wollen durch Anweisung an die Rechtsunterworfenen, pflichtgemäß zu handeln? Der Gesetzgeber würde vor unüberwindlichen Schwierigkeiten stehen!

Die Auffassung des Verbrechens als Pflichtenverletzung ist vom moralischen und weltanschaulichen Standpunkt aus hoch anzuerkennen: Sicherlich hat der Rechtsbrecher seine Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft verletzt, er durfte das Recht nicht brechen. Hat er aber wirklich nur seine Pflicht verletzt? Hat er nicht durch diese Pflichtverletzung noch etwas anderes angetastet, einen Gemein-

[32] Ähnlich: Sieverts, S. 116, 119.
[33] Sieverts, S. 124.
[34] Schaffstein, S. 29; Dahm, S. 31.
[35] Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 21.

schaftswert zerstört? Schon diese Fragen weisen darauf hin, daß der Pflichtverletzungsgedanke, losgelöst von dem Begriffe der Rechtsgutsverletzung, in der Luft hängt[36]. Er allein kann daher in der nüchternen Strafrechtspolitik nicht als nutzvoll angesehen werden, auf keinen Fall kann er eine Grundlage für eine Strafrechtsdogmatik abgeben.

Freisler[37] sagt mit Recht: es gibt im Grunde nur ein Gut, das zu schützen ist, nämlich das Leben des Volkes, und der Schutz der sog. „Rechtsgüter" erfolgt nur deswegen, weil sie Erscheinungsformen des einzigen schutzwürdigen Gutes, des Volkslebens, sind. — Also auch die nationalsozialistische Gesetzgebung sieht als Grundlage des Strafrechtes den Rechtsgüterschutz an. Ist aber der Zweck der Normen der des Güterschutzes, so kann eine normwidrige Handlung in erster Linie ebenfalls nur Rechtsgutsverletzung sein. Falsch ist es also zu sagen, Verbrechen sei Pflichtverletzung. Richtig ist hingegen: Verbrechen ist pflichtwidrige Rechtsgutsverletzung. Bisher sagte man, Verbrechen sei schuldhafte Rechtsgutsverletzung. Die Ersetzung des „schuldhaft" durch „pflichtwidrig" kann jedoch nicht geeignet sein, eine „Revolutionierung der inneren Struktur des Strafrechts[38]" herbeizuführen. Es handelt sich hierbei lediglich um die Hervorhebung des Gedankens, daß die Mitgliedschaft in einer Volksgemeinschaft erhöhte Pflichten mit sich bringt. Wenn diese Pflichten derart verletzt werden, daß eine Antastung der Gemeinschaftswerte die Folge ist, dann ist diese Pflichtverletzung strafbar, also Verbrechen ist gleich pflichtwidrige Rechtsgutsverletzung.

Schaffstein läßt dann in der Abhandlung auch selbst erkennen, wo sein Denkfehler liegt. Er sagt[39], daß „Inhalt und Umfang gerade der Pflichten sich nicht abstrakt-normativistisch in lückenlosen Tatbeständen umschreiben und bestimmen lassen, sondern daß sie sich aus konkreten Ordnungen und Situationen ergeben". Sicher ist aber, daß die Tatbestände eines wie immer gearteten Strafrechtes notwendig eine abstrakte Fassung haben müssen. Das ergibt die einfache Überlegung, daß der Gesetzgeber selbst, in seinem Bestreben nach Güterschutz, grundsätzlich von den Handlungen[40] ausgehen muß, die die Rechtsgüter zu gefährden oder zu verletzen geeignet sind. Ihn interessiert also zunächst die Tat, nicht der Täter, und nicht, ob dieser seinen Pflichten in besonders hohem Maße zuwidergehandelt hat. Er beschäftigt sich nicht mit konkreten Situationen. Diese zu beurteilen ist Sache des Richters. Mag auch der Gesetzgeber durch Herausstellung von subjektiven Momenten, wie der Gesinnung eines Täters, die sich im Einzelfalle als besonders verbrecherische darstellen kann, dem Richter Richtlinie und Möglichkeit geben, einen besonders minderwertigen Täter besonders hart zu

---

[36] Zust. Klee, S. 2.
[37] DStR. 34/6.
[38] Schaffstein, S. 7.
[39] S. 22.
[40] Zust. Sieverts, S. 114.

bestrafen, das ändert doch nichts daran, daß er in erster Linie den Schutz der Gemeinschaftswerte im Auge hat und nicht eine mögliche Pflichtverletzung eines einzelnen Individuums, daß Verbrechen als Verletzung der Norm stets und in erster Linie Rechtsgutsverletzung sein wird, die erst, wenn sie als solche erkannt ist, u. U. als pflichtwidrig bezeichnet werden kann.

Die Verwerfung des Unterschiedes zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld bedeutet für eine Strafrechtsdogmatik einen Rückschritt. Nicht umsonst hat sich die Wissenschaft Jahrzehnte hindurch bemüht, hier eine klare Trennungslinie zu ziehen. Diese Trennung wird auch dem Aufbau, wenigstens des geltenden Strafgesetzes, allein gerecht. Hier wird unterschieden zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld: es gibt Schuldausschließungsgründe (§ 59) und Rechtswidrigkeitsausschließungsgründe (§ 53). Es ist ein Gedankenfehler, wenn v. Gemmingen[41] behauptet, auch der Irre sei rechtswidrig oder sozialschädlich. Nein! Über den Irren selbst wird ein Unwerturteil nicht gefällt. Erst wenn er Handlungen vornimmt, sagen wir, daß d i e s e rechtswidrig sein können. So zeigt denn auch v. Gemmingen gerade in dem Satz[42], den er als stärksten Trumpf für seine Auffassung gewertet wissen möchte, daß er den an sich bestechenden Satz nicht konsequent durchgedacht hat. Er sagt: „Gänzlich ausgemerzt erscheint diese sogenannte Rechtswidrigkeit, sobald man noch weitergeht und die vorwerfbare, volksfeindliche Gesinnung eines Menschen ohne Rücksicht auf bestimmte ‚Rechts' ‚Brüche' rechtlich zu bewerten unternimmt." Hierzu ist zu sagen, daß dies unmöglich ist. Man kann einfach nicht lediglich eine Gesinnung bewerten, weil man sie gar nicht erfassen kann. Faßlich wird sie erst, wenn sie sich durch wie immer geartete Handlungen offenbart: erst dann tritt sie in das Stadium des Rechtlich-Relevanten. Äußert sich aber die Gesinnung als „volksfeindlich", dann bewertet man sie schon im Hinblick auf diese Volksfeindlichkeit, dann bezieht man sie auf den Wert „Erhaltung des Volksgutes". Es steht also hinter jeder strafrechtlich relevanten Handlung ein Wert. Weil die Handlung Beziehung auf diesen Wert hat, ist sie relevant. Man kann nicht einfach rechtlich bewerten, ohne sich eine Beziehung auf irgendeinen Wert vorzustellen. Das kann aber auch v. Gemmingen nicht; denn er bewertet eine v o l k s f e i n d l i c h e Gesinnung, eine Gesinnung, die in ihren Äußerungen den Bestand des Volkes mindestens zu gefährden geeignet ist. Man kann also nicht den Täter werten, ohne die Handlung zu betrachten, erst aus ihr kann man über die Schuld Schlüsse ziehen. Schuld allein kann sich überhaupt nicht darstellen, also auch nicht „als der reinste Typ der Rechtswidrigkeit selbst[43]". Es muß bei der Scheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld verbleiben, mögen sie auch in bestimmten Fällen ineinander übergehen. Hieraus aber den Schluß zu ziehen, die Scheidung sei überhaupt verwerflich, ist nicht angängig.

[41] S. 553.
[42] S. 553.
[43] v. Gemmingen, a. a. O., S. 533.

Schaffstein hat mit dem oben zitierten Ausspruch selbst zugegeben, daß die Bedeutung seiner Lehre in der Beurteilung des konkreten Falles liegt, oder besser gesagt, darin, nach welchen Gesichtspunkten künftig die Strafe im Einzelfalle zu bemessen sein wird. Seine Lehre hat daher weniger dogmatische, als kriminalpolitische Bedeutung. Dies soll auch keineswegs verkannt werden, jedoch würde eine eingehende Darstellung den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es ging hier nur darum, nachzuweisen, daß die von der Kieler Schule vorgebrachten Gründe dogmatisch nicht zum Erfolg führen konnten, weil sie die Grundlagen einer Strafgesetzgebung verkannte. Daher erscheint es auch zweifelhaft, ob sie z. B. die Erscheinung Gesetzeskonkurrenz mit dem Pflichtverletzungsgedanken erklären könnte. Wie würde sie etwa die Subsidiarität definieren? Würde sie einen Unterschied machen zwischen geringerer und stärkerer, zwischen erfolgloser und erfolgreicher Pflichtverletzung? In diesem Falle würde sie aber die Pflichtverletzung schon beziehungsmäßig auffassen: mit Beziehung auf einen Erfolg. Der Erfolg kann aber nichts anderes sein als die Verletzung eines Rechtsgutes. Damit wäre dann die Kieler Schule auf dem von ihr bekämpften Ausgangspunkt angelangt.

Aber noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen die Lehre Schaffsteins. Wenn er meint[44], die verschiedenen Strafdrohungen beruhten auf einer verschiedenen Bewertung der Pflichtverletzung, so muß doch ins Auge fallen, daß eine vorsätzliche Pflichtverletzung stets gleichmäßig stark ist. Man kann keinen Stärkeunterschied machen zwischen Pflichtverletzung und Pflichtverletzung. Die Pflicht, die Gemeinschaftsordnung nicht anzutasten, ist stets dieselbe, die Verletzung dieser Pflicht also stets gleichbleibend schwerwiegend. Daraus ergibt sich zwangsweise, daß der Pflichtverletzungsgedanke nur in Beziehung auf einen Erfolg, eine Güterverletzung sinnvoll sein kann, woraus dann wieder folgt, daß Verbrechen doch Rechtsgutsverletzung ist.

In neuester Zeit hat Gallas kritisch zu dem Problem: Verbrechen als Rechtsguts- oder Pflichtverletzung, Stellung genommen. Er stimmt, soweit es sich um die Ablehnung der Ansicht Schaffsteins handelt, weitgehend mit der hier vertretenen Auffassung überein. Er will jedoch auch nicht den reinen Rechtsgutsverletzungsgedanken vertreten. Vielmehr ist er der Meinung, daß beide Elemente zusammen genommen (Rechtsguts- und Pflichtverletzung) erst den Wesensgehalt des Verbrechens ausmachen. Nach ihm soll[45] „das Wesen des Verbrechens ... in seiner Gemeinschaftswidrigkeit" liegen, wobei „Interessenwidrigkeit, Pflichtwidrigkeit, Mangel an Gemeinschaftssinn ... zu Elementen eines einheitlichen Begriffes" geworden sein sollen. Bevor zu dieser These Gallas' Stellung genommen wird, soll Gallas selbst noch einmal zu Worte kommen[46]:

[44] S. 29.

[45] Gallas, Lehre v. Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschr. zum 60. Geburtstag v. Gleispachs, S. 67.

[46] a. a. O., S. 69.

„Der Begriff der Gemeinschaftwertwidrigkeit, der an sich alle Wertelemente enthält, die den Begriff des Verbrechens im objektiven und subjektiven Sinne konstituieren, ist — etwa im Gegensatz zum Begriff der Rechtsgutsverletzung, der lediglich die Tat und diese allein aus dem Zweckgesichtspunkte zum Gegenstand hat — zu umfassend, um einem dogmatischen Neubau als Gerüst zu dienen. Da die Einheitlichkeit des Wertmaßstabes nicht preisgegeben werden darf, kann eine Differenzierung nur im Gegenständlichen erfolgen. Sie wird dadurch erreicht, daß man Tat und Täter unterscheidet und zum Anknüpfungspunkt der neuen Begriffsbildung macht. ... Darüber hinaus wird die Tat subjektiviert; das ‚Kausale', auf den Erfolg abstellende Denken (dem, wie gezeigt wurde, auch die Lehre von der Rechtsgutsverletzung entstammt) durch ein ‚Willensstrafrecht' ersetzt. Allerdings nicht im Sinne einer bloßen Symptomatik. Die Tat erscheint nicht nur als Gesinnungsausdruck; sie behält ihren Eigenwert als Willens v e r w i r k l i c h u n g."

Gallas muß vollste Zustimmung finden, wenn er eine Scheidung von Täter und Tat fordert. Diese Scheidung hat aber schon von jeher bestanden: nicht nur die Tat ist bestraft worden, sondern auch der Täter. Oft ist wegen derselben Tat der eine Täter härter bestraft worden als der andere. Man denke nur an den Fall des Rückfalldiebstahls, oder erinnere sich, daß bei fast allen Delikten im geltenden StGB ein d e h n b a r e r Strafrahmen besteht, der doch nur den Zweck haben kann, die Strafe der Person des jeweiligen Täters anmessen zu können. Auch Gallas kann im Grunde keine nüchternen, logischen Argumente gegen die Wesensbestimmung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung finden. Er meint, der heutigen Weltanschauung entspräche nur eine solche Begriffsbestimmung, die teleologische und ethische Elemente vereinigt[47]. Diese Forderung erscheint weder notwendig, noch logisch. Sie hat ihren Grund wohl darin, daß man der Ansicht ist, die Volksgemeinschaft und die Gliedhaftigkeit des einzelnen in dieser Gemeinschaft bringe erhöhte Pflichten mit sich, besonders die Treupflicht gegenüber der Gemeinschaft. Man argumentiert weiter, daß jeder Verbrecher diese Treupflicht verletze. Das alles ist ohne weiteres richtig, bringt aber nicht die Notwendigkeit der Revolutionierung der strafrechtlichen Systematik mit sich, ist auch nicht geeignet, Verbrechen als etwas anderes erscheinen zu lassen, als eben Rechtsgutsverletzung. Verbrechen ist eine Tat, Verbrecher ist ein Mensch. Verbrechen richtet sich gegen die Gemeinschafts w e r t e, der Verbrecher ist nur gemeinschaftswidrig, asozial. Die Lehre von der Rechtsgutsverletzung ist auch nicht gezwungen, vor der neuen Weltanschauung zu kapitulieren. Sie lehrt ja, daß die Rechtsgüter sich nur aus der jeweils herrschenden Weltanschauung bekennen lassen. Folglich bringt eine Revolution in der Weltanschauung eine solche der Rechtsgüter; andere und mehr Güter sind von Bedeutung geworden. Durch ein neues Strafrecht werden auch sie geschützt. Es ist oben (S. 14) bereits gesagt worden, daß

[47] a. a. O., S. 69.

Rechtsgüter auch Pflichten sein können. Das Gemeinschaftsethos bringt naturgemäß eine große Anzahl solcher Pflichten neu hervor. Der Verbrecher, der gegen solche ihm obliegenden Pflichten verstößt, verletzt das Rechtsgut „Pflicht". Nur in diesen Fällen ist Verbrechen auch Pflichtverletzung, aber nur weil die Pflicht das Rechtsgut darstellt. Gallas meint[48], es gebe beim Verbrechen personale Elemente, die sich aus dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsverletzung nicht erfassen lassen. Er weist darauf hin, daß der das ihm anvertraute Mündel mißhandelnde Vormund härter bestraft wird, als der unbeteiligte Körperverletzer. Dem Vormund liegen eben erhöhte Pflichten ob, an der Beobachtung dieser Pflichten hat die Gemeinschaft ein Interesse, es liegt ein Gemeinschaftswert vor.

Es ist einfach nicht möglich, das Verbrechen abstrakt anders als Rechtsgutsverletzung zu bezeichnen. Das gibt auch Gallas indirekt zu, wenn er von der Notwendigkeit einer Differenzierung im Gegenständlichen[49] spricht. Die ganze Streitfrage scheint daran zu kranken, daß der grundlegende Unterschied zwischen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung nicht betrachtet wird. Dem Gesetzgeber schwebt die Tat vor, die er zu verhindern bestrebt ist. Die verbrecherische Tat ist sein Ausgangspunkt, ist Anlaß seines Tätigwerdens. Da aber die Handlung etwas Sächliches ist, ist eine Verknüpfung mit personalen Elementen nicht zulässig. Diese haben ihre Erörterung in der Beantwortung der Frage zu erfahren: Was ist ein Verbrecher. Er ist ein asoziales Individuum, das vor der Verletzung der Gemeinschaftswerte nicht zurückgeschreckt ist. Er kann erkannt werden überhaupt erst dadurch, daß eine Gemeinschaftswertverletzung zur Beurteilung steht. Es ist also immer wieder hervorzuheben, daß die Tat das Primäre ist. Diese kann aber nur eine Rechtsgutsverletzung sein. Das schließt nicht aus, daß in den Tatbeständen außer der Beschreibung der Handlung auch eine bestimmte Tätertype angegeben wird. Das scheint auch Gallas zu wollen, wenn er davon spricht[50], daß die Unterscheidung von Tat und Täter zum Anknüpfungspunkt einer neuen Begriffsbildung gemacht wird. Die Berechtigung dieser Forderung aber damit begründen zu wollen, daß das Verbrechen einen anderen Wesengehalt habe, als eben den, Rechtsgutsverletzung zu sein, ist nicht angängig und nicht möglich. Das Bestreben nach neuer Begriffsbildung im Strafrecht ist wohl, richtig verstanden, darauf zurückzuführen, daß die Ansicht vorwaltet, die Tatbestände dürften sich nicht in der Beschreibung der Handlung erschöpfen, sondern müßten sich auch mit den Tätern befassen. Das ist aus dem Grunde zu wünschen und zu begrüßen, weil dadurch die Möglichkeit einer gerechteren Bestrafung gegeben wird. Das ist aber nur dadurch zu erreichen, daß die Tatbestände nunmehr genauere Anweisungen über die Strafzumessung enthalten. An dem Wesen des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung wird dadurch nichts geändert.

[48] a. a. O., S. 52.
[49] a. a. O., S. 69.
[50] a. a. O., S. 69.

Für das vorliegende Problem sind auch durch weiteren Ausbau eines „Willensstrafrechtes" Änderungen der Grundlagen nicht zu befürchten. Erkennt man die eigentliche Bedeutung des Willensstrafrechtes darin, daß sie eine Vorverlegung der staatlichen Verteidigungslinie gegenüber dem Verbrecher bedeutet[51], so ergibt sich, daß eine solche Vorverlegung nur in der Weise stattfinden kann, daß Angriffe gegen Rechtsgüter bereits im Entstehungsstadium durch Unschädlichmachung des Verbrechers verhindert werden, daß bereits die gefährdende Vorbereitungshandlung einen Strafanspruch des Staates erzeugt. Da also auch das Willensstrafrecht den Rechtsgüterschutz zur Grundlage haben muß, folglich auch hier Identität des Güterschutzes vorliegen kann, bleibt die Problemstellung die gleiche.

4. AUS DER IDENTITÄT DES GÜTERSCHUTZES FOLGT, DASS DER KRIMINELLE GEHALT DES ANZUWENDENDEN TATBESTANDES DIE HANDLUNG ERSCHÖPFEND ERFASST.

Anlaß der Erörterung über die Bestimmung der Rechtsgüter war die eingangs aufgestellte Behauptung, daß die Gesetzeskonkurrenz auf der Identität des Rechtsgüterschutzes der konkurrierenden Gesetze beruhe. Vergegenwärtigt man sich nun, daß die Srafrechtsnormen den einzigen Zweck haben, die Verletzung von Rechtsgütern durch die der Strafdrohung entspringende Abschreckung von der Begehung der in den Normen beschriebenen Handlungen zu verhindern, dann ist damit der Weg für die Beweisführung geöffnet, daß in den Fällen der Gesetzeskonkurrenz nur ein Gesetz für die Bestrafung in Betracht kommen kann.

Die Betrachtung der Tatbestände des geltenden Strafgesetzbuches offenbart, in welcher Weise der Gesetzgeber sich bemüht hat, den Rechtsgütern einer Gemeinschaft Schutz angedeihen zu lassen. Das Schützmittel ist die Strafdrohung. Aus der Prüfung der durch die Strafdrohung verbotenen Handlung muß sich also ergeben, inwiefern diese den Güterbestand zu beeinträchtigen in der Lage ist. Dabei sind zunächst zwei Kategorien festzustellen: 1. die Handlungen, die im Enderfolg zu einer Gütervernichtung oder -verletzung führen; 2. diejenigen, die eine Vernichtung oder Verletzung nur vorbereiten, aber doch schon eine Gefährdung darstellen.

Alle Rechtsgüter werden vor der Verletzung geschützt. Alle Tatbestände, die eine Verletzung verbieten, fallen unter die erste Gruppe, gleichgültig, welchen Wert das jeweil geschützte Rechtsgut hat.

Betrachtet man die Tatbestände der unter 2. bezeichneten Art, dann erkennt man, daß solche keineswegs für alle Rechtsgüter aufgestellt sind, sondern vielmehr nur für diejenigen, die nach der Anschauung der Rechtsgemeinschaft einen besonders großen Wert haben. Als Beweis für diese Behauptung diene der Hinweis auf den Versuch:

[51] Klee, a. a. O., S. 4.

Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, weil der Gesetzgeber als Verbrechen nur die Handlungen aufführt, die sich gegen besonders wertvolle Rechtsgüter richten. Versuchte Vergehen werden nur dann bestraft, wenn es im Einzelfalle von Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt ist. Vergehen ist aber die Verletzung eines minder wertvollen Rechtsgutes. (Daß durch besondere Umstände ein Vergehen zu einem Verbrechen werden kann, und umgekehrt, hängt nicht von dem Wert des Rechtsgutes ab, sondern von der Strafwürdigkeit des Täters.)

Die unter 2. fallenden Normen stellen also einen besonders nachhaltigen Schutz dar: die wertvolleren Güter sollen nicht einmal in Gefahr gebracht werden. Ist aber das Gut sowohl gefährdet, als auch von demselben Täter in Verfolgung seiner Ziele verletzt, dann wird wegen der vorausgegangenen Gefährdung nicht mehr bestraft. Beweis: §§ 306, 307 StGB, Brandstiftung an von Menschen bewohnten Räumlichkeiten. Die Brandstiftung ist wegen der damit verbundenen Gefahr für die sich in den Räumen aufhaltenden Menschen besonders nachdrücklich verboten. Hat aber die Gefährdung zur Verletzung geführt, d. h. ist bei dem Brande ein Mensch ums Leben gekommen, dann tritt eine besonders hohe Verletzungsstrafe ein, die die der Gefährdung ausschließt. Das ergibt zweifelsfrei der Wortlaut des § 307. Der Täter hat also jetzt nur noch für die Verletzung zu leiden.

Dieser Satz bietet eine Grundlage der Gesetzeskonkurrenz dar: die einmalige Verletzung eines Gutes führt zur einmaligen Bestrafung aus dem Verletzungstatbestand, vorhergehende gefährdende Handlungen bleiben außer Betracht. Denn die Strafe ist, welchen Zweck[52] man ihr auch immer beilegen will, in erster Linie Vergeltung. Ist ein Gut durch mehrere Tatbestände geschützt und sind diese durch die zielstrebigen Handlungen des Täters erfüllt, dann kann immer nur bei einer einmaligen Verletzung des Gutes eine Bestrafung aus dem einen Tatbestand wegen der in diesem verbotenen Verletzung erfolgen, weil nur die Verletzung noch nach Vergeltung verlangt.

Um feststellen zu können, welches Gesetz bei der Gesetzeskonkurrenz alleine zur Anwendung kommt, bedarf es wieder einer Betrachtung der Tatbestände, wobei zweckmäßig auszugehen ist von den Strafandrohungen. Dabei springt zunächst ins Auge, daß die Strafdrohungen verschieden stark sind. Diese Verschiedenheit kann ihren Grund haben:

a) im Wert und in der Anzahl der in einer Norm geschützten Güter,
b) in der Wirksamkeit der beschriebenen Handlung für die Verletzung eines Gutes,
c) in besonderen Umständen, die bei der Vornahme der Handlung vorliegen.

Da die Gesetzeskonkurrenz auf der Identität des Güterschutzes beruhen soll, muß für die Prüfung der Frage, welches Gesetz allein zur Anwendung kommt, der Punkt a) insofern ausscheiden, als der W e r t des Gutes berücksichtigt wird; denn der Wert ist bei Identität der

[52] Statt aller: Rohwedder, a. a. O., S. 3 ff.

Güter naturgemäß derselbe. Wohl aber kann maßgebend sein die Anzahl der in einem Tatbestand geschützten Güter. Schützt Tatbestand A das Gut a, Tatbestand B die Güter a + b, so ist auch hier die Identität des Güterschutzes in der Teilidentität gewahrt.

Die Strafdrohung gibt an, in welchem Maße der Täter bei Nichtbeachtung der Drohung zu leiden habe. Da die Drohung aber bei gleichem Gut verschieden sein kann, folgt daraus, daß die Drohung sich nicht nur nach dem Wert des Gutes richtet; vielmehr steht der Drohung etwas gegenüber, das für eine Verschiedenheit der Drohung bei gleichem Gut eine Erklärung gibt. Dieses Etwas soll mit verbrecherischem oder kriminellem Gehalt eines Tatbestandes bezeichnet werden. Strafdrohung und krimineller Gehalt entsprechen einander, oder: zur Ausmerzung eines bestimmten kriminellen Gehaltes ist eine bestimmte Strafe anzuwenden.

Es ist gezeigt, daß eine Handlung stets dann bestraft wird, wenn durch sie ein Gut verletzt ist und daß bei gleichem Gut die Strafe verschieden sein kann. Das ist die Erscheinung „Gesetzeskonkurrenz", die darin besteht, daß verschiedene Tatbestände dasselbe Rechtsgut schützen, wobei jedoch nur ein Gesetz zur Anwendung kommen darf. Da nun die Strafandrohung das Äquivalent für den kriminellen Gehalt eines Tatbestandes darstellt, so muß das Zurücktreten des einen Gesetzes bei gleichzeitigem Verwirklichtsein des anderen darauf beruhen, daß die Strafdrohung des anzuwendenden Gesetzes das Äquivalent für die ganze Handlung ist, durch die beide Gesetze erfüllt sind. Da eine Bestrafung dem Sinne der Strafdrohung gemäß nicht über den kriminellen Gehalt hinausgehen darf, tritt ein Gesetz zurück; denn es hat nur eine Rechtsgutsverletzung stattgefunden. Der Täter würde bei Bestrafung aus beiden Tatbeständen für denselben Erfolg zweimal bestraft werden. Das verbietet der Satz „ne bis in idem". Ein solches „idem" läßt sich in allen Fällen der Gesetzeskonkurrenz nachweisen, es ist eine Folge der Identität des Güterschutzes.

5. DIE ZUSAMMENSETZUNG DES KRIMINELLEN GEHALTES.

Die Zusammensetzung des kriminellen Gehaltes ergibt sich ohne weiteres, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Strafdrohung dem kriminellen Gehalt die Waage hält. Folglich müssen die gleichen Faktoren, die bei gleichem Rechtsgut eine höhere oder geringere Strafdrohung veranlaßt haben, die Elemente des kriminellen Gehaltes sein. Dieser richtet sich also:

a) nach der Anzahl der in einem Tatbestand geschützten Güter. Das Entgelt, das der Täter erbringen muß, wird größer, wenn er durch seine Handlungen mehrere Rechtsgüter verletzt hat;

b) nach der Wirksamkeit des Angriffes und nach dem Zustand des Rechtsgutes nach dem Angriff;

c) nach besonderen Umständen, die in dem Tatbestand beschrieben sind.

Die vorstehenden Ausführungen könnten zu der Auffassung verleiten, daß krimineller Gehalt gleichbedeutend mit Strafwürdigkeit sei. Diese Annahme wäre irrig. Vielmehr ist der grundlegende Unterschied darin zu sehen, daß der kriminelle Gehalt lediglich über die Handlung Angaben macht, während die Strafwürdigkeit Aussagen über den Täter selbst abgibt, der zur Aburteilung steht. Das ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß der Gesetzgeber nur menschliche Handlungen beschreiben konnte, ohne damit über die Verwerflichkeit eines bestimmten Täters urteilen zu können[53]. In Erkenntnis dieser Tatsache hat der Gesetzgeber keine festen Drohungen eingesetzt, sondern bei fast allen Delikten einen dehnbaren Strafrahmen. Krimineller Gehalt und Strafwürdigkeit stehen sich also wie Abstraktum und Konkretum gegenüber: jener wird vom Gesetzgeber einem Tatbestand eingegeben, diese unterliegt der Beurteilung des Gesetzesanwenders, des über den Täter urteilenden Richters. Jener ist maßgebend für die Strafdrohung, diese für die Strafzumessung, die Verwirklichung der Drohung.

Um nun noch einmal in einem Satz die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz herauszustellen: die Gesetzeskonkurrenz beruht darauf, daß bei Identität des Rechtsgüterschutzes der kriminelle Gehalt des anzuwendenden Tatbestandes die Tat erschöpfend erfaßt. Denn es ist im Enderfolg nur eine Verletzung der im anzuwendenden Tatbestand geschützten Rechtsgüter erfolgt, nur für diese eine Verletzung hat der Täter zu leiden.

Die Unklarheit auf dem Gebiete der Gesetzeskonkurrenz hat ihren Grund darin, daß es unterlassen wurde, das Wesen der Gesetzeskonkurrenz zu erforschen. Es kann nicht genügen zu sagen[54], Konsumtion liege vor, wenn das eine Delikt die regelmäßige Begehungsform des anderen darstellt, oder, Spezialität sei gegeben, wenn das eine Gesetz gegenüber dem anderen das begrifflich engere sei. v. Hippel würde demnach argumentieren: wenn das eine Gesetz gegenüber dem anderen das begrifflich engere ist, kommt nur dieses zur Anwendung, weil es eben das engere ist. Allerdings kommt in solchen Fällen nur das spezielle Gesetz zur Anwendung, aber doch nicht wegen dieses rein äußerlichen Merkmals. Diese Methode ist deshalb verwerflich, weil sie zwar eine Regel aufzustellen sich bemüht, es jedoch unterläßt, die logischen Grundlagen der Regel zu erfassen. Diese ergeben sich aus dem kriminellen Gehalt des Tatbestandes und der Identität des Güterschutzes.

Die Grundlage für das Zurücktreten des einen Gesetzes ist in allen Fällen der Gesetzeskonkurrenz die gleiche. Die Bedingungen aber, unter denen diese Grundlage in Erscheinung tritt, sind verschieden.

---

[53] Zust. Sieverts, S. 114.
[54] v. Hippel, I, S. 532.

6. DIE ZAHL DER FÄLLE DER GESETZESKONKURRENZ KANN NICHT REDUZIERT WERDEN.

Es ist Mezger[55] darin beizustimmen, daß die Literatur bei dem Bemühen, die verschiedenen möglichen Fälle der Gesetzeskonkurrenz erschöpfend unter bestimmte Kategorien zu bringen, zu einer oft sehr undurchsichtigen Gruppenbildung gelangt ist. Diese Undurchsichtigkeit ist darin begründet, daß die meisten Definitionen der Fälle der Gesetzeskonkurrenz nicht eng und klar genug sind. Sie kranken vor allen Dingen daran, daß die rechtspolitischen Gesichtspunkte, die zur Aufstellung solcher konkurrierender Normen geführt haben, nicht erforscht sind. Denn es ist klar, daß bei Abfassung des Gesetzes der Gesetzgeber nicht einfach Norm neben Norm gesetzt hat, woraus sich dann rein zufällig die konkurrierenden Normen ergeben haben. Sondern die eine konkurrierende Norm ist stets im Hinblick und in Beziehung auf die andere aufgestellt worden. Und so mannigfaltig die rechtspolitischen Gesichtspunkte sind, so zahlreich sind auch die Arten der Gesetzeskonkurrenz. Wenn M. E. Mayer[56] von einer ungesunden Fülle von Auslegungsregeln spricht, so ist der in dem „ungesund" liegende Vorwurf nicht berechtigt. M. E. Mayer anerkennt nur zwei Auslegungsregeln, unterläßt aber, darzutun, inwiefern die anderen überflüssig sein sollen. Auch die Definitionen v. Hippels sind keine Beweise für das Bestehen nur zweier Fälle der Gesetzeskonkurrenz. v. Hippel definiert die Spezialität wie folgt[57]: „Spezialität liegt zweifellos vor, wenn schon der abstrakte Vergleich der verletzten Gesetze ergibt, daß das eine gegenüber dem anderen in jeder Beziehung das begrifflich engere ist. Vereinigt ein Tatbestand die gesetzlichen Merkmale anderer, so ist er naturgemäß gegenüber diesen mehreren lex specialis. — Spezialität liegt aber auch (!) dann vor, wenn bei Vergleich der Gesetze der eine Tatbestand zwar nicht begrifflich notwendig und daher ausnahmslos, wohl aber regelmäßig und normalerweise einen anderen Tatbestand mitumfaßt. Gesetzeskonkurrenz im Sinne der Spezialität ist ferner (!) gegeben ..." Wenn man allerdings drei verschiedene („auch", „ferner") Fälle unter einen Begriff bringt, dann kann man behaupten, die Zahl der Auslegungsregeln reduziert zu haben. Die Definition v. Hippels beweist gerade, daß es mehr Fälle der Gesetzeskonkurrenz gibt als er selbst anerkennen will. Selbstverständlich ist es gleichgültig, wie man die einzelnen Fälle bezeichnet. Eine Benennung will und kann nicht mehr sein als eine Überschrift der Definition, sie kann allenfalls deren Hauptmerkmal enthalten. Auch der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz" ist nur eine Überschrift über die Definition: Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn bei Erfülltsein mehrerer Gesetze eines seinem kriminellen Gehalt nach die Tat erschöpfend erfaßt und daher das andere

[55] Mezger, S. 471.
[56] S. 502.
[57] S. 523.

zurücktritt, weil Identität des Güterschutzes vorliegt. Aber es muß dann noch untersucht werden, unter welchen verschiedenen Bedingungen der kriminelle Gehalt eines Tatbestandes eine Tat erschöpfend erfaßt. Und es wird nachgewiesen werden, daß Gesetzeskonkurrenz in drei Fällen in Erscheinung tritt. Für diese Fälle sollen aus Zweckmäßigkeitsgründen die bisher gebräuchlichen Bezeichnungen (Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion) beibehalten werden, zumal eine Schädigung der Erkenntnis hiervon nicht zu besorgen ist.

Mezger[58] behauptet, bei seiner Bemühung, die Zahl der Auslegungsregeln zu reduzieren, daß es nur zwei leitende Gesichtspunkte gebe, die dem einen Strafgesetz gegenüber dem anderen die Kraft der exklusiven Geltung verliehen. Es gibt aber nur einen einzigen leitenden Gesichtspunkt, und das ist der des umfassenden kriminellen Gehaltes eines Tatbestandes. Mezger wollte wohl ausdrücken, daß es nur zwei Bedingungen gebe, unter denen die Gesetzeskonkurrenz auftreten könne. Dieses ist jedoch auch nicht richtig. Mezger anerkennt nur Spezialität und Konsumtion; die erstere soll auf logischem Grunde beruhen, die zweite sich aus dem Wertverhältnis beider Gesetze ergeben. Hierbei verwechselt Mezger jedoch, daß der logische „Grund" bei der Spezialität gar kein Grund ist für das Zurücktreten des einen Gesetzes, sondern nur ein Merkmal dafür, daß der kriminelle Gehalt eines Tatbestandes die Tat erschöpfend erfaßt. Daher ist die Scheidung zwischen „logisch" und "wertabwägend" auch falsch; denn der Wert der Tatbestände, der Wert ihres kriminellen Gehaltes, wird auch bei der Spezialität abgewogen. Sämtliche Fälle der Gesetzeskonkurrenz beruhen auf der Wertabwägung des kriminellen Gehaltes der Tatbestände. Hat der eine Tatbestand einen Wert, der den des anderen in sich aufnimmt, oder der in diesem Falle maßgebend sein soll, dann kommt aus rechtspolitischen Gründen nur der erste zur Anwendung. Der zweite Teil der Mezgerschen Unterscheidung stellt also den Oberbegriff dar, der seinerseits geteilt werden muß, da das Wertverhältnis in verschiedenen Fällen abzuwägen ist.

II. BESONDERER TEIL.

1. SPEZIALITÄT.

a) Entstehungsgrund der Spezialität.

Der erste Fall ist der der Spezialität.

Bei der Untersuchung, in welchem Verhältnis zwei Gesetzestatbestände zueinander stehen, sind stets die gesetzgeberischen Erwägungen zu prüfen, die zur Aufstellung der betreffenden Tatbestände geführt haben. Im Falle der Spezialität ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß es nicht ausreichend sei, z. B. für die Tötung eines Menschen oder für den Diebstahl lediglich die bloße zum Erfolg führende Handlung zu bestrafen, daß also jeder Totschläger oder Dieb

[58] S. 471.

gleichmäßig bestraft würde, sondern daß es Umstände geben könne, unter denen die Herbeiführung desselben Erfolges härter oder milder zu strafen sei. So sind z. B. entstanden die Vorschriften der §§ 212, 213, 214, 215, 216, 217; 242, 243, 248a, 370 Ziff. 10. Alle bringen Merkmale, die die Tötung oder den Diebstahl zur härteren oder milderen Beurteilung stellen. Bei Vergleichung dieser Tatbestände fällt auf, daß stets, wenn eine der Vorschriften der §§ 213 bis 217 verletzt ist, die Handlung auch gleichzeitig unter § 212 fällt. Das aber ist das Merkmal der Spezialität, d. h. eine der Bedingungen, unter denen der kriminelle Gehalt eines Tatbestandes die Tat erschöpfend erfaßt. Denn es sind besondere spezielle Umstände, die der Normaltat hinzugefügt sind, so daß der spezielle Tatbestand stets den generellen wiederholt. Daher ist es richtig, wenn gesagt wird, daß das Verhältnis der Spezialität stets „logisch erweisbar[59]“ ist. Ob also Tatbestände im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen, wird sich stets durch Vergleichung ihrer Tatbestandsmerkmale feststellen lassen. M. E. Mayer hat Recht, wenn er von der logischen Erweisbarkeit der Spezialität spricht. Unrichtig ist aber, wenn Mezger von dem logischen Grund bei der Spezialität spricht. Dieser „Grund“ ist nur eine Folge der zur Aufstellung spezieller Normen führenden gesetzgeberischen Erwägungen. Aus der speziellen Norm soll bestraft werden, weil die in ihr beschriebenen Umstände die Tat erschöpfend erfassen, weil damit dem Strafbedürfnis Genüge getan ist. Mezger verwechselt die Erscheinungsform mit dem Grund, konnte folglich auch nicht die Erkenntnis ziehen, daß bei der Spezialität ebenfalls ein Wertverhältnis obwaltet.

b) Bestimmung der Merkmale der Spezialität.

Der Grund des Verhältnisses der Spezialität und der Grund des Zurücktretens des generellen Tatbestandes bei Gegebensein des speziellen sind nun bekannt. Es bleibt noch übrig, eine Definition aufzustellen über die Bedingungen, die gegeben sein müssen, damit ein Zurücktreten stattfinden kann. Es ist schon gesagt worden, daß die speziellen Normen entstanden sind durch Erweiterung des Normaltatbestandes um besondere, vom Gesetzgeber für wichtig gehaltene Merkmale. Dann muß also, wenn zwei Gesetze im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen sollen, der eine Tatbestand stets den anderen in sich enthalten, nur um besondere Merkmale vermehrt sein. Entscheidend für das Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses ist „die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in dem spezialisierenden Deliktstatbestand, entscheidend ist also eine aus den Tatbeständen selbst ablesbare Übereinstimmung[60]“. Jeder spezielle Tatbestand ist entweder ein Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgrund für den Grundtatbestand. Strafschärfungs- und -milderungsgründe können auch in der Weise auftreten, daß die speziellen Umstände der lex specialis ein anderes Delikt darstellen, daß mit anderen

[59] M. E. Mayer, S. 505.
[60] Honig, Nachtat, S. 23.

Worten zwei Delikte zu einem besonderen zusammengefaßt werden. Dann ist das neu entstandene Delikt lex specialis zu seinen Bestandteilen: jeder stellt für den anderen die spezialisierenden Merkmale dar.

Ist für das Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses entscheidend die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in dem speziellen Gesetz, dann führt das zu der Definition, daß Gesetzeskonkurrenz im Sinne der Spezialität stets dann vorliegt, wenn bei Verletztsein eines Gesetzes stets notwendig auch das andere verletzt sein muß. Da Gesetzeskonkurrenz vorliegt, wenn bei Verletztsein mehrerer Gesetze das eine seinem kriminellen Gehalt nach die Tat erschöpfend erfaßt und das andere daher zurücktritt, so kann man nach dem Grundsatz: sind zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie auch unter sich gleich, sagen: Wenn bei Verletztsein eines Gesetzes stets notwendig auch ein anderes verletzt sein muß, dann erfaßt der kriminelle Gehalt des ersten Gesetzes die Tat erschöpfend, so daß der andere nicht zur Anwendung kommen darf.

Die Spezialität ist stets „logisch erweisbar" durch abstrakte Vergleichung der Tatbestandsmerkmale. Dieser Satz darf nicht zu der Annahme führen, daß immer, wenn sich bei abstraktem Vergleich zweier Tatbestände der eine gegenüber dem anderen als lex specialis darstellt, auch in jedem konkreten Falle, in dem sich die beiden Tatbestände gegenüber stehen, nur der eine zur Anwendung kommen müsse[61]. Es bedarf bei der Spezialität vielmehr der Beziehung auf eine Handlung und einen Erfolg (letzteres bei allen Fällen der Gesetzeskonkurrenz), um im Einzelfalle das Ausscheiden der lex generalis feststellen zu können. Führt also eine Handlung zu zwei Erfolgen, zu zweifacher Verletzung von Rechtsgütern, während der erfüllte Tatbestand nur ein Rechtsgut schützt, so würdigt dieser Tatbestand die Handlung nach dem kriminellen Gehalt nicht erschöpfend. Es würde für den Täter bei einmaliger Bestrafung aus nur einem Gesetz noch etwas zu vergelten übrig bleiben. Weil das Gesetz die Handlung nicht erschöpfend erfaßt, kann das andere nicht zurücktreten. Folgendes Beispiel möge dies veranschaulichen: Bei abstraktem Vergleich mit § 212 ist § 215 unzweifelhaft der spezielle Tatbestand zu jenem: die Tatbestandsmerkmale decken sich, § 215 spezialisiert den Gattungsbegriff „Mensch" auf „Verwandte aufsteigender Linie". Wollte man sich zu der Annahme bekennen, daß stets, wenn bei abstraktem Vergleich zweier Tatbestände der eine sich gegenüber dem anderen als der spezielle darstellt, auch im konkreten Falle Spezialität vorliegen müsse, so müßte man seine Ansicht revidieren, wenn man sich den Fall vorstellt, daß X mit einem Schuß seinen Bruder und seinen Vater tötet. Hier hat die Handlung zwei Erfolge gezeitigt, während § 215 nur einen Erfolg verhindern will: die Tötung eines Aszendenten. In diesem Falle erfaßt also der kriminelle Gehalt des § 215 die Handlung nicht erschöpfend, da ein Rechtsgut

[61] Honig, Nachtat, S. 28; Lent, a. a. O., S. 16; Baumgarten, a. a. O., S. 80; Beling, L. v. V, S. 305.

verletzt ist, das in dem speziellen Gesetz nicht enthalten ist, für die Bestrafung daher beide Gesetze zur Anwendung kommen müssen. — Dieses Beispiel beweist nochmals die Unrichtigkeit der Mezgerschen Scheidung in „logisch" und „wertabwägend". Beruht das Ausscheiden des einen Gesetzes bei der Spezialität auf Gründen der Logik, so müßte es, wie Mezger[62] auch behauptet, auf den konkreten Fall nirgends ankommen. Es ist gezeigt, daß dies irrig ist. Vielmehr kommt es bei sämtlichen Fällen der Gesetzeskonkurrenz stets auf den konkreten Fall an, da ja festgestellt werden soll, ob in diesem Falle der kriminelle Gehalt diese Tat erschöpfend erfaßt.

Besonders Honig und Lent[63] haben darauf hingewiesen, daß Gesetze, die im Verhältnis lex specialis — lex generalis stehen, im Einzelfalle nebeneinander zur Anwendung kommen können. Auch sie bringen als Beispiel die §§ 212 bis 215. Deshalb ist die Kritik Hirschbergs[64] an dem Spezialitätsbegriff Honigs unberechtigt. Hirschberg bringt gerade das Beispiel mit § 212 und § 215 um die Spezialitätsdefinition Honigs ad absurdum zu führen. Dieser Versuch muß als mißlungen bezeichnet werden; denn Honig[65] hat mit besonderer Schärfe betont, daß es im Einzelfalle der Beziehung beider Gesetzestatbestände auf eine Handlung und einen Erfolg bedarf.

Von den Begriffen der Gesetzeskonkurrenz ist im übrigen der der Spezialität am klarsten erkannt. Die hierüber aufgestellten Definitionen gleichen einander alle mehr oder weniger. Sie haben jedoch zum größten Teil den Fehler ungenauer Formulierung. Es wird zwar meist das Richtige erkannt sein, die Erkenntnis hat aber keinen klaren Ausspruch gezeitigt; daher kommt es, daß in der Anwendung des Begriffes der Spezialität große Verschiedenheit herrscht, was weiter seinen Grund darin hat, daß auch die Definitionen der übrigen Fälle der Gesetzeskonkurrenz es an straffer Formulierung sehr oft fehlen lassen. Frank[66] nimmt z. B. an, daß § 249 die §§ 240 und 242 konsumiert, während Honig und v. Hippel richtig die Spezialität des § 249 erkannt haben. Eigentlich müßte auch Frank nach seiner Definition der Spezialität zu demselben Ergebnis gelangen; denn § 240 und § 242 sind in § 249 vollständig enthalten, ihre Tatbestandsmerkmale fallen generisch zusammen, § 249 ist nur durch spezifische Merkmale ausgezeichnet; denn dem § 242 fügt er als besonderes Merkmal den § 240 hinzu, dem § 240 den § 242. Es wird allgemein angenommen, daß der Raub ein delictum sui generis sei. Dem ist beizustimmen. Aber die Folgerung, die daraus gezogen wird, daß damit die Eigenschaft einer lex specialis zu § 242 und § 240 ausgeschlossen sei, kann nicht als richtig anerkannt werden. Es wird argumentiert, daß für § 249 jede Diebstahlshandlung, sei es nun Forstdiebstahl, Mundraub oder Notentwendung, in Verbindung mit der Gewaltanwendung ausreicht,

---

[62] S. 471.
[63] Honig, Nachtat, S. 28; Lent, S. 16.
[64] ZStW. 53/40.
[65] Nachtat, S. 25.
[66] S. 231.

daß daher von einer Spezialität gegenüber § 242 nicht mehr gesprochen werden könnte. Hält man jedoch Spezialität dann für vorliegend, wenn bei Gegebensein eines Gesetzes stets auch notwendig das andere verwirklicht sein muß, so ist man nicht genötigt, die Eigenschaft einer lex specialis des § 249 gegenüber § 242 zu verneinen. Setzt man den Fall, daß jemand Gegenstände des § 370 Ziff. 5 durch Raubhandlungen an sich bringt, so ist klar, daß gleichzeitig § 242 verwirklicht sein muß; denn § 370 Ziff. 5 ist spezieller Tatbestand zu § 242, § 242 ist bei Gegebensein des § 370 Ziff. 5 auch stets erfüllt. Genau so verhält es sich mit den übrigen Spezialitätsfällen des § 242 im Verhältnis zu § 249. Der Raub ist lex specialis zu jeder Diebstahlshandlung, also letzten Endes auch stets zu § 242.

Die in der vorliegenden Arbeit aufgestellte Definition unterscheidet sich von denen, die ebenfalls die Übereinstimmung der Tatbestandsmerkmale zur Grundlage haben, grundsätzlich nicht. Ihre Formulierung aber ist insofern straffer, als sie gleichsam die Folge der Übereinstimmung der Tatbestandsmerkmale ausspricht, indem gesagt ist, daß wegen der Übereinstimmung der Tatbestandsmerkmale bei Vorliegen der lex specialis notwendig stets auch die lex generalis erfüllt sein muß. Der Nutzen dieser Formulierung zeigt sich bei der Betrachtung des § 123 und des § 243, bei denen Honig Spezialität anzunehmen scheint, indem er behauptet, ein Einsteigediebstahl ohne die gleichzeitige Verwirklichung des § 123 sei unmöglich. Durch die Betonung des Gleichzeitig-verwirklichtseinmüssens wird solchen Irrtümern vorgebeugt.

2. SUBSIDIARITÄT.

a) Entstehung der subsidiären Normen.

Trotz der Kritik Mezgers und M. E. Mayers, die die ungesunde Fülle der für die Fälle der Gesetzeskonkurrenz in der Literatur aufgestellten Kategorien beklagen, trotz der Behauptung Köhlers[67], daß Spezialität und Subsidiarität im Grunde genommen das gleiche seien, und trotz der Ansicht v. Hippels[68], die Konsumtion sei ein überflüssiger Begriff, muß daran festgehalten werden, eine Auslegungsregel für diese Fälle aufzustellen, weil bei dem Bestreben nach klarer Scheidung die möglichen Fälle der Gesetzeskonkurrenz einer Klassifizierung bedürfen, wenn anders man nicht auf allgemeine Erwägungen und Vermutungen angewiesen sein will. Daß die hier aufzuzählenden Fälle tatsächlich alle verschieden sind, ergibt sich schon aus der Prüfung der gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Aufstellung dieser Art von Normen geführt haben. Die subsidiären Normen sind z. B. aus dem Bestreben des Gesetzgebers entstanden, den wertvolleren Gütern einen nachhaltigeren Schutz angedeihen zu lassen, indem bereits die Gefährdung eines Gutes unter Strafe gestellt wird. Es liegen also bei der Subsidiarität ein ganz anderer

[67] S. 60.
[68] II, S. 525.

Anlaß und andere Voraussetzungen vor als bei der Spezialität. Unter diesen Umständen erscheint die Behauptung Köhlers, Spezialität und Subsidiarität seien im Grunde genommen das gleiche, nicht gerechtfertigt. Aber noch eine weitere Feststellung kann dazu dienen, diese Behauptung zu widerlegen: die Subsidiarität setzt notwendig das Vorhandensein mehrerer Handlungen voraus und tritt somit in Gegensatz zur Spezialität, die nur vorliegen kann, wenn eine Handlung vorgenommen ist[69].

b) Handlungseinheit und Handlungsmehrheit.

Einheit der Handlung ist nicht gleichbedeutend mit Einheit des Erfolges. Das ergibt sich aus § 73 StGB, daß durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, also mehrere Erfolge herbeigeführt sein können. Die Methode v. Buris[70], Handlung gleich Kausalität zu setzen und über den Schluß, daß mehrere Erfolge mehrere Kausalitäten verlangen, die Folgerung zu ziehen, daß mehrere Erfolge stets mehrere Handlungen zur Voraussetzung hätten, beruht auf der Verkennung des Unterschiedes von Handlung und Erfolg: Handlung ist Tätigkeit, Erfolg Zustand[71].

Da alles strafrechtlich relevante Handeln menschliche Tätigkeit ist, muß die Lösung der Frage Handlungseinheit oder -mehrheit von dem handelnden Subjekt ausgehend angegriffen werden, und nicht ausgehend von den Wirkungen der Handlung in der Außenwelt. Maßgebend ist hier selbstverständlich nicht die Absicht des Täters, daß etwa bei Einheit der Absicht auch Einheit der Handlung vorliegen müsse. Maßgebend sind auch nicht die inneren Vorstellungen und Erwägungen, die den Täter zum Entschluß der Begehung gebracht haben. Diese Gedanken sind strafrechtlich nicht erfaßbar. Die Handlung im Sinne des Strafrechtes beginnt erst mit der ersten sichtbaren, zielstrebigen Willensäußerung. Maßgebend für die Unterscheidung, Handlungseinheit oder -mehrheit, kann also nur sein, die Anzahl der Willensakte, auf Grund deren der Täter tätig wurde. Beruht eine Handlung oder Handlungsreihe auf einheitlicher Willensinnervation, dann liegt Handlungseinheit vor[72]. Eine Mehrheit von Erfolgsvorstellungen kann keine Mehrheit von Handlungen begründen. Beispiel: Jemand wirft einen Stein durch ein geschlossenes Fenster auf einen hinter diesem stehenden Menschen. Der strafrechtlich allein relevanten Handlung des Werfens liegt ein einziger Willensakt zugrunde: der Befehl des Großhirns an die Nerven, den Arm in Werfbewegung zu bringen. Die Erfolgsvorstellungen, daß sowohl das Fenster zerstört, als auch die Person verletzt werden würde, mögen den Willensakt verursacht haben, sie sind aber nicht maßgebend für das Kriterium Handlungseinheit oder -mehrheit.

Daß bei der Subsidiarität mehrere Handlungen in dem dargelegten Sinne vorliegen müssen, wird zu zeigen sein.

---

[69] So auch Honig, S. 28; Leipz. Komm. Einl. VI.
[70] v. Buri, Beiträge.
[71] Zust. v. Liszt, L., S. 239, Anm. 3.
[72] Mezger, S. 467; Honig, Stud., S. 11 ff.

c) Bestimmung der Merkmale der Subsidiarität.

Zunächst ist auf die Ansicht derer einzugehen, die die Notwendigkeit mehrerer Handlungen bei der Subsidiarität leugnen. Der Leipziger Kommentar[73] führt zur Begründung dieser Auffassung an, daß § 49a dem § 85 subsidiär sei. (Hier sind die Hochverratsbestimmungen in der alten Fassung zugrunde gelegt.) Mit einer Handlung könnten sowohl § 49a als auch § 85 verwirklicht werden. Deshalb sei Honig im Unrecht, wenn er stets Mehrheit der Handlungen bei der Subsidiarität verlange. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Subsidiarität des § 49a gegenüber dem § 85 keineswegs erwiesen ist. Es wird ausnahmslos angenommen, daß der in § 49a enthaltene Satz „soweit das Gesetz nicht eine andere Strafe androht" als ausdrückliche Subsidiaritätsbezeichnung aufzufassen sei. Es bleibt jedoch zu beweisen, ob und gegenüber welchen Gesetzesbestimmungen § 49a subsidiäre Geltung hat. Das wird für die vorliegende Untersuchung erst möglich sein, wenn der Begriff der Subsidiarität annähernd festliegt.

Wie wenig der Begriff der Subsidiarität bisher erkannt ist, sieht man daraus, daß Köhler Spezialität und Subsidiarität für im Grunde das gleiche hält. Bei Beling[74] findet man den Satz: „Gesetzeskonkurrenz liege dann vor, wenn das eine Strafgesetz dem anderen subsidiär sei". Demnach müßten, da als Fälle der Gesetzeskonkurrenz Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität anerkannt werden, die beiden ersten Unterfälle der letzten sein, worauf auch Honig[75] treffend hinweist. Diese unvorsichtige Verwendung des Wortes Subsidiarität hat dazu geführt, daß die Subsidiarität heute noch der umstrittenste Begriff ist, von Mezger[76] als Auslegungsregel überhaupt verworfen, da er nur Spezialität und Konsumtion anerkennt. Wenn M. E. Mayer sagt[77]: „die mehreren Handlungen werden durch das Gesetz in ein Rangverhältnis gestellt, so daß die eine straflos bleibt, wenn die andere strafbar ist ... Es besteht dann ein Subsidiaritätsverhältnis," so ist demgegenüber zu sagen, daß ein solches Rangverhältnis auch bei der Spezialität und der Konsumtion besteht. Da also allen dreien ein Rangverhältnis gemeinsam ist, kann mit der Feststellung eines solchen für den einzelnen Fall nichts gewonnen werden.

Vielmehr kann die Subsidiarität nur erkannt werden durch „Einblick in die gegenseitigen Sinn- und Zweckbeziehungen der in Betracht kommenden Deliktstatbestände[78]". Der Begriff der Subsidiarität enthält notwendig den Hinweis auf ein nur aushilfsweises Geltenwollen. Ein subsidiärer Tatbestand hat also notwendig einen anderen zur Voraussetzung, demgegenüber er nur aushilfsweise gelten will, d. h. bei dessen Gegebensein er zurücktritt. An Hand von Bei-

---

[73] Einl. VII, A, a.
[74] Grundzüge, S. 104.
[75] Nachtat, S. 23.
[76] S. 471 f.
[77] S. 512.
[78] Honig, Nachtat, S. 36.

spielen wird nachgewiesen werden, aus welchen Gründen er zurücktritt. Diese werden sich ergeben aus der Identität des Rechtsgüterschutzes und der Größe des kriminellen Gehaltes der beiden Tatbestände.

§ 49b bestimmt, daß, wer mit einem anderen ein Verbrechen des Mordes verabredet, schon wegen dieser Verabredung bestraft wird. Wenn die Komplottanten den Mord tatsächlich zur Ausführung bringen, werden sie aus § 211 bestraft. Auch aus § 49b? Bei Betrachtung der Tatbestände des § 49b und des § 211 ergibt sich, daß, unter der Voraussetzung, daß der verabredete Mord zur Ausführung kommt, das nach § 49b strafbare Verhalten sich als Vorbereitung zu diesem Mord darstellt: durch die Verabredung wollen die Komplottanten den später zu begehenden Mord ermöglichen. Für sie ist die Verabredung nur ein Mittel für die spätere Ausführung. Die Vorbereitungshandlung tritt zur Haupthandlung in die Mittel-Zweckbeziehung derart, daß eine Verwirklichung der Vorbereitungshandlung nur in Beziehung auf die Haupthandlung sinnvoll ist: man verabredet keinen Mord, wenn man sich dessen Vollendung nicht zum Ziele gesetzt hat. Ist der Mord aber vollendet, dann kann eine Bestrafung wegen der Verabredung aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil die ganze Handlungsreihe letzten Endes nur einen Erfolg — bei mehrfachem Handeln — herbeiführt und herbeiführen sollte, nämlich die Tötung eines Menschen. Sobald diese vollendet ist, kann nur eine Bestrafung aus § 211 in Betracht kommen. § 49b tritt zurück, weil er nur aushilfsweise gelten wollte für den Fall, daß die Verabredung nicht Ausführungshandlungen zur Folge hatte. Dabei hielt der Gesetzgeber die Verabredung eines Mordes schon für so gefährlich und strafwürdig, daß er auch ohne den Eintritt des Erfolges auf die Bestrafung nicht glaubte verzichten zu dürfen. Der Staat mußte wegen der Gefährlichkeit der Handlung schon vor Eintritt des Erfolges einen Strafanspruch haben, um den Erfolg vielleicht noch verhindern zu können. Wurde das Delikt vollendet, so erwuchs ihm aus dem Vollendungstatbestand ein Strafanspruch, so daß er auf den durch § 49b geschaffenen verzichten konnte.

Der Staat kann aber, entsprechend seiner Aufgabe, seine Autorität zu wahren und die vorhandenen Rechtsgüter zu schützen, nur unter gewissen Voraussetzungen von einer Bestrafung aus einem erfüllten Tatbestande absehen; denn die Gesetze sind dazu da, damit sie angewendet werden. Die Voraussetzungen eines solchen Strafverzichtes aus einer erfüllten Norm sind die, daß der kriminelle Gehalt der Haupttat den der Vorbereitungshandlung in sich aufnimmt, daß das gesamte Verhalten des Täters mit der Bestrafung aus dem Gesetze der Haupttat voll vergolten wird. Rechtsverletzung und Strafe korrespondieren, sie müssen in ein sinnvolles Verhältnis zueinander gebracht werden.

Der kriminelle Gehalt des § 211 nimmt den des § 49b in sich auf. Der Unrechtsgehalt dieser Vorschrift ist geringer. Eine bloße Gefährdung ist nicht so schwerwiegend wie eine Verletzung. Der kriminelle

Gehalt richtet sich nach der Stärke der Einwirkung, die eine Handlung auf das angegriffene Rechtsgut hat; denn „der Unrechtsgehalt eines Erfolges ist höher, wenn er in ‚gesteigerter Wirklichkeitsform' vorliegt, d. h. objektiv eingetreten ist, als wenn er nur erst in der Wirklichkeitsform des ‚psychischen Zweckes' vorhanden ist[79]", wie es z. B. bei einer bloßen Gefährdung oder dem Versuche der Fall ist.

Da sich § 49b als lex subsidiaria zu der lex primaria des § 211 erwiesen hat, wird eine eingehende Betrachtung dieser beiden Tatbestände angebracht sein, da auf diese Weise Grundsätze für eine Auslegungsregel der Subsidiarität sich ergeben werden.

Es läßt sich hierbei zunächst feststellen, daß beide Bestimmungen ein und dasselbe Rechtsgut, nämlich das menschliche Leben, schützen wollen: die Identität des Güterschutzes ist gewahrt. Weiter ist festzustellen, daß der Schutz des § 49b früher eingreift als der des § 211: schon die Verabredung zum Morde wird mit Strafe bedroht. Da im Sinne des Täters die Verabredung nur eine Vorbereitungshandlung sein kann, nur ein Mittel zum Zwecke der Tötung, so ergibt sich weiter, daß § 49b eine selbständig mit Strafe bedrohte Vorbereitungshandlung zu § 211 ist, ein in den Anfängen steckender Angriff auf das Leben. § 49b und § 211 beschreiben verschiedene Angriffsstadien. Man kommt daher für das Verhältnis der §§ 49b und 211 zu dem Ergebnis: zwei Gesetzestatbestände schützen ein und dasselbe Rechtsgut mit der Maßgabe, daß sie verschiedene Angriffsstadien mit Strafe bedrohen. Dabei kommt der das frühere Angriffsstadium beschreibende Tatbestand dann nicht zur Anwendung, wenn das spätere Stadium erreicht wird. Er beansprucht also nur eine subsidiäre Geltung, weil der kriminelle Gehalt der Haupttat den der Vortat in sich aufnimmt.

Ist § 49b dem § 211 subsidiär, so werden die hier gefundenen Merkmale auch bei den anderen Subsidiaritätsfällen vorliegen müssen. Als weiteres Beispiel empfiehlt sich die Betrachtung des § 83. Dieser hat mit § 49b gemeinsam, daß ebenfalls eine Verabredung zu einem Verbrechen unter Strafe gestellt wird. Besonders aufschlußreich ist § 83 deswegen, weil er durch die Worte „ohne daß es zum Beginne einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist" klar zum Ausdruck bringt, daß eine Bestrafung der Vorbereitungshandlung nicht eintreten soll, wenn das geschützte Rechtsgut endgültig verletzt ist. Hier findet sich die gesetzgeberische Bestätigung der oben dargelegten Ausführungen, daß die Strafe der Vorbereitungshandlung nur aushilfsweise für den Fall des Nichtverwirklichtseins der lex primaria zu gelten habe.

Sowohl § 83 wie auch § 82 schützen dasselbe Rechtsgut, die Sicherheit des Staatslebens. Die Norm des § 83 schützt in einem früheren Angriffsstadium. Die Strafandrohung des § 83 soll verhindern, daß es zur Vollendung des Verbrechens kommt, indem schon der vorbereitende Täter durch Bestrafung unschädlich gemacht werden kann.

[79] Sieverts, S. 197 f.

In den beiden besprochenen Fällen mußte notwendig Handlungsmehrheit vorliegen; denn wenn sich die subsidiären Bestimmungen als Vorbereitungshandlungen erwiesen haben, ist es klar, daß zu einer solchen Handlung ein selbständiger Willensakt notwendig ist. Der Entschluß des Täters geht einmal auf die Vorbereitung. Ist diese zum Abschluß gebracht, dann ist ein neuer Entschluß für die Ausführungshandlung notwendig. Selbst bei fast gleichzeitigem Zusammentreffen von Verabredung und Ausführung müssen zwei Willensakte vorliegen. Man stelle sich den Fall vor: A sieht seinen Todfeind, den X, die Straße entlang kommen. Er will ihn töten, wagt es aber nicht allein. Er fragt daher den ihn begleitenden B: Wollen wir gemeinsam den X töten? B ist einverstanden. Darauf folgt die Ausführung. Es waren also zwei Willensakte notwendig: der der Verabredung und der der Ausführung.

Das Ergebnis der obigen Darlegungen ist dahin zusammenzufassen: Subsidiarität liegt stets dann vor, wenn mehrere Rechtssätze ein und dasselbe Rechtsgut derart schützen, daß sie verschiedene Angriffsstadien gegen dasselbe mit Strafe bedrohen. Die das frühere Stadium beschreibende Norm ist subsidiär der das spätere beschreibenden.

Damit der Fall der Subsidiarität vorliegen kann, ist es notwendig, daß beide Tatbestände einmal erfüllt waren. Sie können logischerweise nur durch zwei, also mehrere Handlungen, erfüllt werden, da verschiedene Angriffsstadien durchlaufen sein müssen. Für jedes Stadium ist eine Handlung erforderlich. Darin besteht gerade das Wesen der Subsidiarität, daß mit Rücksicht auf ein späteres Verhalten das frühere nicht mehr strafwürdig erscheint, also unberücksichtigt bleiben kann.

d) Spezialität und Subsidiarität sind nicht im Grunde das gleiche.

Damit widerlegt sich die Behauptung Köhlers[80], daß Spezialität und Subsidiarität im Grunde das gleiche seien. Denn Spezialität hat notwendig Handlungseinheit zur Voraussetzung, während die Subsidiarität begrifflich mehrere Handlungen verlangt. Außerdem waren, wie dargelegt, die gesetzgeberischen Motive, die zur Aufstellung spezieller und subsidiärer Normen geführt haben, grundverschieden.

Weiter kann jetzt auf die Beweisführung des Leipziger Kommentars eingegangen werden, daß Subsidiarität nicht Handlungsmehrheit zur Voraussetzung habe. Es muß nach dem Vorhergehenden anerkannt werden, daß Subsidiarität vorliegt bei verschiedenen Angriffsstadien auf dasselbe Rechtsgut. Eine Betrachtung der §§ 49a und 85 zeigt jedoch, daß hier nicht zwei verschiedene Angriffsstadien beschrieben sind, sondern § 85 stellt genau dasselbe Stadium dar wie § 49a, nur daß das Verbrechen, zu dessen Begehung aufgefordert wird, im § 85 bestimmt bezeichnet ist. Ohne den dritten Absatz würde die erste

---

[80] Köhler, S. 60, und auch Höpfner, I, S. 176.

Alternative des § 49a lex generalis zu § 85 sein. Da aber nicht jede Aufforderung genügt, sondern nur entweder die schriftliche oder die mit Gewährung von Vorteilen verbundene, kann von einem notwendig gleichzeitigen Verwirklichtsein der beiden Bestimmungen nicht gesprochen werden. § 49a ist aber auch nicht subsidiär dem § 85. Die Definition des Leipziger Kommentars ist als solche zwar nicht widerlegbar, sie ist aber auch nicht nützlich, weil sie unklar ist. Sie lautet: „Subsidiarität liegt vor:

a) wenn dieselbe Handlung nur soweit verboten ist, als sie nicht bereits durch ein anderes mit Strafdrohung versehenes Verbot betroffen wird,

b) wenn eine Handlung nur dann verboten werden soll, wenn eine andere Handlung nicht ebenfalls verboten ist und bereits einen Strafanspruch erzeugt hat,

c) wenn es sich um Zuwiderhandlungen gegen verschiedene Normen handelt, die alle einen einheitlichen Zweck bei dem Rechtsgüterschutz verfolgen."

Mit dieser Definition ist kaum etwas anzufangen. Sie zählt lediglich Fälle auf, in denen bei Verletzung zweier Gesetze nur eines zur Anwendung kommt, und bezeichnet sie mit Subsidiarität. Die Vorstellungen des Gesetzgebers, die zur Aufstellung subsidiärer Normen geführt haben, bleiben unberücksichtigt, obgleich nur sie einen klaren Aufschluß über die Abgrenzung der einzelnen Fälle der Gesetzeskonkurrenz geben können. § 49a ist nicht subsidiär dem § 85, und die „ausdrückliche Subsidiaritätsbezeichnung" ist keine solche. Die Einfügung dieser Worte beweist vielmehr, daß der Gesetzgeber erkannt hat, nach dem Prinzip der Subsidiarität würde § 49a gegenüber dem § 85 an sich nicht zurücktreten. Daher die ausdrückliche Bestimmung, denn der Gesetzgeber will für den Fall, daß § 49a und § 85 verwirklicht sind, keine Bestrafung aus § 49a. Die ausdrückliche Bestimmung der Straflosigkeit ist eine Anerkennung des Prinzipes der Subsidiarität; denn wenn § 49a schon nach dem Prinzip entfiele, wäre die ausdrückliche Bestimmung überflüssig. Damit fällt die Beweisführung des Leipziger Kommentars. Ob unter Umständen die erste Alternative des § 49a konsumiert werden kann, bleibt zu zeigen.

e) § 49a ist nicht schlechthin eine subsidiäre Norm.

Angesichts der Hartnäckigkeit, mit der an der Subsidiarität des § 49a festgehalten wird, erscheint es notwendig, ihn einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen. Dazu muß immer wieder betont werden, daß das Wesen der Subsidiarität darin besteht, daß mehrere Rechtssätze dasselbe Rechtsgut schützen wollen, der eine nachdrücklicher als der andere, und daß es die Überlegung des Gesetzgebers war, daß derjenige Verbrecher, der die Ausführung eines Verbrechens vorbereitet, unbedingt weitere Handlungen unternehmen würde, die ihn an das vorgesetze Ziel bringen sollten. Weil die Verletzung be-

stimmter Rechtsgüter besonders gefährlich für ein geordnetes Gemeinschaftsleben ist, wollte der Gesetzgeber den Verbrecher schon in einem möglichst frühen Stadium seiner Tätigkeit fassen können, um weitere Handlungen zu verhindern. Er ist davon ausgegangen, daß einer Vorbereitungshandlung weitere Handlungen folgen würden, daß sie für den Täter nur ein auf dem Wege zur Vollendung zu durchlaufendes Vorstadium darstellt, daß aber der Täter schon bei Beginn seiner Tätigkeit strafbar sein mußte, um ihn schon hier unschädlich machen zu können. In diesem Sinne ist es also schief zu sagen, die erste Norm wolle nur aushilfsweise gelten: sie will in erster Linie gelten, um die endgültige Verletzung zu verhindern. Sie soll nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Verletzungsnorm übertreten ist, weil die Haupttat die Vortat dem kriminellen Gehalt nach in sich aufnimmt.

Ein weiterer Subsidiaritätsbegriff als der sich auf verschiedene Angriffsstadien beziehende, kann nicht anerkannt werden, weil er nur zur Verwirrung beitragen würde. Außerdem ist er nicht nötig, da sich die möglichen Fälle der Gesetzeskonkurrenz mit den zur Verfügung stehenden Auslegungsregeln restlos erfassen lassen.

Was den § 49a anlangt, so vereinigt er in sich vier Fälle: 1. die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an demselben, 2. die Annahme einer solchen Aufforderung, 3. das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an demselben, 4. die Annahme eines solchen Erbietens.

Bei der ersten Alternative drängt sich die Erkenntnis auf, daß die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens keineswegs sinngemäß auf weitere Handlungen des Auffordernden hinweist. Es genügt hier durchaus, den Aufgeforderten auf den Gedanken zu bringen, um das Verbrechen zur Ausführung kommen zu lassen, wenn nur die Aufforderung auf „fruchtbaren" Boden gefallen ist. Ist das Verbrechen sodann zur Vollendung gekommen, so hat der Auffordernde, der sich selbst an der Tat nicht beteiligt hat, sowohl § 49a als auch § 48 in Verbindung mit einem Verbrechenstatbestand erfüllt, und zwar durch ein und dieselbe Handlung des Aufforderns. Nach den oben gemachten Ausführungen kann schon aus diesem Grunde Subsidiarität nicht in Frage kommen. Es sind aber noch andere Gründe vorhanden, die sie ausschließen. § 49a und § 48 wollen nicht verschiedene Angriffsstadien mit Strafe belegen; denn es ist gezeigt, daß sie mit nur einer Handlung erfüllt werden können, verschiedene Angriffsstadien aber mehrere Handlungen voraussetzen. Der Auffordernde tut im besprochenen Falle nichts weiter als aufzufordern, dadurch wird nur § 49a erfüllt, nicht gleichzeitig schon § 48. Die Erfüllung dieses hängt überhaupt nicht mehr von dem Auffordernden ab, vielmehr ganz allein von der Empfänglichkeit des Aufgeforderten für solche Worte und von seinen Überlegungen, die ihn zur Tat bringen. Der Auffordernde hat alles seinerseits Erforderliche getan, um den Erfolg, die Begehung des Verbrechens durch den Aufgeforderten herbeizuführen, und muß dessen Eintritt oder Nichteintritt abwarten. Nach der wört-

lichen Bedeutung unterscheiden sich „auffordern zur Begehung eines Verbrechens" und „anstiften zu einem Verbrechen" durch nichts voneinander: beide besagen, daß jemand die Begehung eines Verbrechens durch einen anderen herbeiführen will. Das Gesetz unterscheidet hingegen § 49a und § 48 (soweit zu Verbrechen angestiftet wird) dadurch, daß es in § 48 den Eintritt des Erfolges verlangt. Wenn also nach § 49a bestraft wird, ist der Erfolg, die Begehung des Verbrechens durch den Aufgeforderten, nicht eingetreten, seine Herbeiführung ist aber von dem Auffordernden versucht worden. Damit ist der Punkt erreicht, von dem aus das Verhältnis § 49a/48 erklärt werden kann: die erste Alternative des § 49a ist eine selbständig unter Strafe gestellte versuchte Anstiftung. § 49a ist, ebenso wie § 159, ein Spezialfall des § 43. Damit ist aber der Beweis noch nicht geführt, daß kein Fall der Subsidiarität vorliegt, denn es wird von vielen behauptet, der Versuch sei der Vollendung subsidiär[81]. Dieser Satz muß bestritten werden. Es wird nachgewiesen werden, daß er nicht haltbar ist.

f) Der Versuch ist der Vollendung nicht subsidiär, wird auch nicht schlechthin von ihr konsumiert.

Für die Subsidiarität schlechthin des Versuches zur Vollendung scheint der Wortlaut des § 43 zu sprechen, „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist". Diese Worte werden allgemein als eine Subsidiaritätsklausel angesehen. Das ist jedoch nicht richtig; denn in erster Linie drückt der Satz etwas ganz anderes aus. Es ist nicht angängig, ganz allgemein zu behaupten, daß die Bestrafung wegen Versuches gegenüber der der Vollendung zurückzutreten habe. Oder außer Betracht bleibe[82]. Wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen zur Vollendung gekommen ist, liegt überhaupt kein Versuch vor[83]. § 43 ist nicht erfüllt. Nicht etwa entfällt die Strafe wegen Versuches „gemäß § 43[84]". Denn in einem solchen Falle kommt § 43 gar nicht in Betracht, man kann also auch nicht etwas aus ihm folgern. Die „Subsidiaritätsklausel" ist in erster Linie ein entscheidendes Tatbestandsmerkmal, eine Bedingung, die erfüllt sein muß, um die Anwendbarkeit des § 43 zu rechtfertigen. Ist sie nicht erfüllt, so kann die Bestrafung wegen Versuches nicht zurücktreten, da ein Versuch nicht vorliegt.

Ebenso unrichtig ist es, wenn behauptet wird, daß der Versuch durch die Vollendung konsumiert werde[85]; es ist ja in den meisten Fällen nichts da, was aufgezehrt werden könnte. Wenn nun Lent in

---

[81] Frank, § 73, VII, 2b; Köhler, S. 70; Höpfner, I, S. 177; Wachenfeld, S. 54 f.
[82] Köhler, S. 70.
[83] Zust. Lent, S. 23.
[84] Köhler, S. 70.
[85] Allfeld, S. 238; M. E. Mayer, S. 507 u. 513; Mezger, S. 473.

das andere Extrem verfällt und sagt[86], Versuch und Vollendung könnten niemals konkurrieren, so ist das in dieser Allgemeinheit ebenfalls nicht richtig. Es muß vielmehr, wenn das Verhältnis Versuch — Vollendung erkannt werden soll, eine Teilung der verschiedenen möglichen Kombinationen von Versuch und Vollendung vorgenommen werden. Bei dieser Teilung scheidet selbstverständlich der Fall aus, daß „die zur Deliktsverwirklichung erforderliche Tätigkeit unmittelbar aus dem Stadium des Versuches in das der Vollendung übergeht[87]", da hier ein Versuch nicht vorliegt. Weiter müssen ausscheiden die Fälle, in denen der Täter sich etappenweise dem beabsichtigten Erfolge nähert, wenn z. B. ein Einbrecher, der durch einen von ihm anzulegenden unterirdischen Gang in die Gewölbe einer Bank einbrechen will, dies so erreicht, daß er mehrere Tage hindurch jeden Tag einen bestimmten Abschnitt des Ganges ausschachtet. Wird er vor Erreichung seines Zieles abgefaßt, so liegt n u r Versuch vor. Erreicht er sein Ziel, dann liegt kein Versuch vor, weil die Bedingung für dessen Annahme ausgefallen ist: das beabsichtigte Verbrechen ist zur Vollendung gekommen.

Dieses Beispiel diene als Wegweiser dafür, wie die oben geforderte Teilung vorzunehmen ist. Angenommen, der Täter benötigte zur Fertigstellung des Ganges und zum Durchbrechen der Gewölbemauer 6 Tage oder 6 Tätigkeitsabschnitte; dann ist er am Ende einer jeden Etappe immer noch bei der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens. Es liegt also ein Versuch vor, aber ein unbeendigter; denn es fehlt noch mehr als nur der Erfolgseintritt, der Täter muß vielmehr noch weitere Handlungen vornehmen. Gibt er nun am dritten Tage die Weiterführung des Ganges auf, weil er inzwischen entdeckt hat, daß er auf andere, einfachere Weise zu seinem Ziele kommen kann, so kann, wenn er den Erfolg auf diese andere Weise erreicht, die Versuchsstrafe der der Vollendung weder subsidiär sein, noch von ihr konsumiert werden, da die Bestrafungsmöglichkeit aus einem anderen Grunde entfällt, nämlich wegen Rücktritts vom unbeendigten Versuch nach § 46 Ziff. 1, also gar keine Konkurrenz vorliegt.

Es können folglich für die Annahme einer Konkurrenz zwischen Versuch und Vollendung nur solche Fälle in Betracht kommen, bei denen — immer vorausgesetzt, daß der Täter seine Handlung in bezug auf das eine beabsichtigte Verbrechen vornimmt — ein Versuch vorliegt, für den es auf dem angestrebten Wege weder eine Vollendung, noch einen Rücktritt gibt. Denn ist die Vollendung noch möglich und erreicht der Täter sie, dann ist § 43 nicht gegeben, weil die Bedingung ausgefallen ist. Erreicht er sie auf einem anderen Wege bei Möglichkeit der Fortführung des ersten, dann liegt bezüglich des ersten Rücktritt vor, in beiden Fällen also keine Konkurrenz. M. a. W.: nur solche Fälle kommen in Betracht, bei denen der Täter auf dem einmal eingeschlagenen Wege nicht weiter konnte, sondern, um zum Ziele

[86] Lent, S. 22.
[87] Honig, Nachtat, S. 57.

zu gelangen, einen neuen einschlagen mußte, und dies auch getan hat. Der Täter muß mehrere Male tätig geworden sein.

Damit erledigt sich auch der Zweifel über die Subsidiarität der ersten Alternative des § 49a, die Anlaß zu dieser Untersuchung war, für den Fall, daß der Auffordernde es bei der Aufforderung bewenden läßt. Aber auch wenn er verschiedene Male zur Begehung desselben Verbrechens auffordert, so ist es doch nur eine Aufforderung, die verschiedene Etappen hat. Die erste Alternative des § 49a ist also kein Fall der Subsidiarität.

Obgleich die Beweisführung hiermit abgeschlossen wäre, soll doch wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage das Verhältnis Versuch — Vollendung weiter durchgesprochen werden.

Nur in den oben genannten Fällen kann die Prüfung vorgenommen werden, ob zwischen Versuch und Vollendung Gesetzeskonkurrenz, Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt. Es bleibt noch übrig, an Hand von Beispielen darzutun, daß der Versuch und die Vollendung in Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen können, allerdings nur innerhalb der Grenzen, die oben gezogen wurden: Versuch und Vollendung können nur dann im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen, wenn der Täter bei Durchführung eines und desselben Deliktes auf einem ersten Wege nicht zur Vollendung kommen konnte, sein Ziel aber auf andere Weise erreicht hat.

Bei der Auslegung des Begriffes „ein und dasselbe Delikt" ist mit größter Schärfe zu arbeiten: es muß sich in allen Einzelheiten um das gleiche Delikt bei der Vollendung handeln, das der Täter zuerst vergeblich zu vollenden sich bemüht hat, oder — wie Mezger es ausdrückt[88]: die Handlungseinheit als fortgesetzte Handlung muß gewahrt sein. Wollte der Täter also einen Einbruchsdiebstahl begehen, hatte er damit keinen Erfolg, und erfüllte er dann den einfachen Diebstahlstatbestand, so ist das Erfordernis „ein und dasselbe Delikt" nicht mehr gewahrt, selbst wenn es sich um eine ganz bestimmte Sache handelt, auf die der Täter es abgesehen hatte. Folglich gehören hierher niemals die Fälle, in denen der Täter nach fehlgeschlagenem Versuch ein anderes Delikt vollendet[89]. Ebenfalls nicht die Fälle, in denen er das einfache versucht, aber das qualifizierte vollendet, oder das qualifizierte versucht und das einfache vollendet. Ein genaues Eingehen hierauf würde jedoch den Rahmen der Untersuchung sprengen.

Als Beispiele zur Erläuterung des oben aufgestellten Satzes mögen folgende Beispiele[90] dienen: A will auf alle Fälle den B töten. Er schießt auf ihn. Der Schuß geht fehl. Darauf drückt er ein zweites Mal ab, und der Schuß trifft. Die erste Tätigkeit ist ein Mordversuch, für den es durch Fortführung der ersten Handlung, das Abziehen des Hahnes, keine Vollendung und keinen Rücktritt gibt. Es bedurfte einer weiteren Handlung. Diese hat Erfolg gehabt. Versuch und Voll-

[88] S. 473.

[89] Honig, Nachtat, S. 58 ff.; Mezger, S. 474, Anm. 12.

[90] Die Beispiele stammen von Mezger, S. 473, und Honig, Nachtat, S. 58.

endung stehen im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zueinander. — A will einen Einbruchsdiebstahl begehen. Es gelingt ihm jedoch nicht, die Tür zu erbrechen. Beim Weggehen bemerkt er ein offenes Fenster. Durch dieses steigt er ein und führt sein Vorhaben aus. Auch hier kann der zuerst eingeschlagene Weg nicht zum Erfolge führen, ebenfalls ist die Strafbefreiung durch Rücktritt ausgeschlossen. Es liegt vielmehr Gesetzeskonkurrenz vor, aber nicht der Fall der Subsidiarität.

Es ist oben ausgeführt, daß den Subsidiaritätsfällen die Beschreibung verschiedener Angriffsstadien wesentlich ist, daß sie lediglich als Vorbereitungshandlungen zu werten sind. Vorbereitungshandlungen sind ihrem Wesen nach also solche erkannt worden, die für den Täter eben nur Vorbereitung des zu begehenden Verletzungsdeliktes, Hilfsmittel zur Herbeiführung des Erfolges sind. Von dieser Warte aus wird klar, daß in den genannten Fällen keine Subsidiarität vorliegen kann; denn sicher ist der Versuch der Tötung nicht als Vorbereitung der Tötung anzusehen, weder vom Standpunkt des Täters, noch des Beobachters. Dies übersieht Honig[91], der wohl auf dem Standpunkt steht, daß Versuch und Vollendung subsidiär seien, obgleich gerade er es ist, der den Charakter der Vorbereitungshandlung mit besonderer Schärfe hervorhebt. Nicht einmal verschiedene Angriffsstadien lassen sich in dem Versuch und der Vollendung erkennen.

Es führt jedoch die Identität des Rechtsgüterschutzes dazu, auch im Falle Versuch — Vollendung Gesetzeskonkurrenz anzunehmen, und zwar reihen sich diese Fälle unter den Begriff der Konsumtion als Handlungsmehrheit ein. Konsumtion ist weiter unten (S. 54 ff.) dann als vorliegend erkannt, wenn zwei Tatbestände dasselbe Rechtsgut schützen (mag auch darüber hinaus der allein anzuwendende noch weitere Güter schützen), und wenn der kriminelle Gehalt des einen den des anderen in sich aufnimmt. Diese Voraussetzungen sind in den gebildeten Beispielen gegeben: Identität des Güterschutzes und umfassender krimineller Gehalt. Dieser ist zu bestimmen nach dem Wert des angegriffenen Gutes, wobei selbstverständlich ist, daß die Gefährdung, die in dem Versuch liegt, einen geringeren kriminellen Gehalt haben muß als die Verletzung[92]. Für den kriminellen Gehalt ist entscheidend der Zustand des Rechtsgutes nach der Handlung. Hat sie es unverletzt gelassen, so ist der kriminelle Gehalt geringer als im Falle der Verletzung. Daß eine Bestrafung des Versuches trotz der Unversehrtheit des Gutes eintritt, beruht auf dem über die Handlung gefällten Unwerturteil, das zur Aufstellung der Versuchsnorm geführt hat.

Die oben erwähnten Fälle eröffnen die interessante Perspektive, daß ein längerer zeitlicher Zwischenraum für die Annahme einer Konsumtion des Versuches durch die Vollendung Zweifel entstehen läßt. Versucht z. B. X, dem A einen Ring zu rauben, fehlt er, und

---

[91] Nachtat, S. 9.
[92] Zust. Sieverts, S. 197.

wiederholt er sein Vorhaben nach einem Jahr, dann widerspricht es dem Rechtsempfinden, ihn nur wegen des vollendeten Deliktes zur Verantwortung zu ziehen. Subsidiarität kann nicht angenommen werden. Denn verschiedene Angriffsstadien liegen hier nicht vor; der Versuch sollte nicht der Vorbereitung der Vollendung dienen. Aber auch Konsumtion kann bei einem längeren zeitlichen Auseinanderfallen nicht mehr angenommen werden. Die Wirkungen der Konsumtion sind bekannt: alleinige Anwendbarkeit der lex consumens. Eine Bestrafung nur wegen des vollendeten Raubes würde aber dem Vergeltungsbedürfnis nicht gerecht werden. Das Eintreten der Konsumtion des Versuches durch die Vollendung ist also noch an die Voraussetzung kürzesten zeitlichen Zusammentreffens gebunden. Das beruht auf der oben aufgestellten Forderung des Gewahrtseins der Handlungseinheit als fortgesetzte Handlung. Diese ist beim zeitlichen Auseinanderfallen nicht mehr erfüllt: die zweite Handlung ist nicht die Fortsetzung der ersten, auch nicht die Fortsetzung des ersten Entschlusses, sondern eine neue Handlung auf Grund eines neuen Entschlusses. Denn der Täter hat doch nicht mit der Notwendigkeit weiterer Handlungen gerechnet. Daher ging sein verbrecherischer Wille auf Ausführung der Tat bei dieser einen Gelegenheit. Sollte er sich wirklich überlegt haben: wenn es diesmal wider Erwarten mißlingen sollte, tue ich es morgen an dem und dem Platze, dann kann eben diese Hartnäckigkeit ihm keinen Vorteil bringen; denn die erste Handlung ist doch zunächst für sich abgeschlossen. Das ist aber entscheidend.

g) Fortsetzung der Erörterungen über den § 49a.

Diese ausführlichen Erörterungen waren notwendig, um bezüglich der ersten Alternative des § 49a zu einem klaren Ergebnis zu kommen, wobei festgestellt werden konnte, daß sie keinen Fall der Subsidiarität darstellt, daß sie aber auch nicht subsidiär ist dem Tatbestand des vollendeten Verbrechens. Zu diesem besteht kein logischer Zusammenhang, ein solcher besteht nur zwischen der ersten Alternative des § 49a und dem Grunddelikt, der Anstiftung; denn zum vollendeten Verbrechen bedarf es eines ganz anderen Vorsatzes, eines Tätervorsatzes, während die erste Alternative des § 49a nur einen Vorsatz erfordert, der auf die Täterschaft eines anderen gerichtet ist. Ein gleichartiger Vorsatz muß aber bei der Subsidiarität stets vorliegen, das ergibt sich aus dem Begriff der Subsidiarität, daß dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird: der Vorsatz muß von Anfang an durch sämtliche Durchgangsstadien auf eigene täterschaftliche Verletzung des Rechtsgutes gerichtet sein, dann erst kann bei Gegebensein der sonstigen Voraussetzungen Subsidiarität vorliegen.

Die zweite Alternative des § 49a behandelt die Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen. Dabei muß für die Prüfung, ob hier Subsidiarität vorliegen kann, der Fall ausscheiden, daß der Auffordernde selbst keine weiteren Handlungen vornimmt; denn dieser

Fall ist analog der ersten Alternative und stellt ebenfalls eine versuchte Anstiftung dar, wenn auch nur zur Teilnahme.

Anders können aber die Fälle liegen, in denen sich der Auffordernde selbst an dem Verbrechen eines anderen beteiligen will, sei es als Mittäter oder Gehilfe, oder wo er selbst die Tat begehen will und entweder einen Mittäter oder einen Gehilfen sucht. Dann könnte man davon sprechen, daß die Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen eine Vorbereitungstat ist, insofern der oder die Täter meinen, das Verbrechen nicht allein ausführen zu können und sich deswegen die nötige Anzahl Helfershelfer zu beschaffen bemüht sind. Dieses Sammeln der Gruppe von Gehilfen wäre dann das erste Angriffsstadium gegen das Rechtsgut, dessen Verletzung die Täter beabsichtigen. Wegen der Gefährlichkeit, die darin liegt, daß der zukünftige Täter überall herumgeht und auffordert, sich zu beteiligen, hätte der Gesetzgeber sich durch die zweite Alternative des § 49a die Möglichkeit geschaffen, schon in diesem Vorbereitungsstadium einzugreifen und die zukünftigen Delinquenten unschädlich zu machen. Kommt das Verbrechen aber doch zur Vollendung, dann wäre die Strafdrohung des § 49a der des durchgeführten Verbrechens subsidiär. Für diese Fälle würde auch die oben aufgestellte Formel passen: ein und dasselbe Rechtsgut wird geschützt, und zwar in verschiedenen Angriffsstadien. Dennoch handelt es sich nicht um einen Fall der Subsidiarität, wie unten gezeigt werden wird.

Der Vollständigkeit halber muß noch erwähnt werden, daß zu der Alternative „Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen" an sich auch gehört der Fall einer Aufforderung zur Anstiftung zu einem Verbrechen; denn das Gesetz faßt unter dem Begriff „Teilnahme" Mittäterschaft, Beihilfe und Anstiftung zusammen, eigentlich auch noch § 49a und § 49b, so daß auch die Aufforderung zur Aufforderung und zum Komplottieren hierher gehörten, aber mit Rücksicht darauf, daß die beiden letzten Paragraphen erst nachträglich eingefügt sind, wird man wohl sagen können, daß die Aufforderung zur Aufforderung und zum Komplottieren nicht unter § 49a fallen soll.

Was die Aufforderung zur Anstiftung angeht, so muß auch hier der Fall ausscheiden, daß der Auffordernde sich nicht als Mittäter oder Gehilfe an dem Verbrechen beteiligen, also keine weiteren Handlungen vornehmen will. Hier liegt vielmehr das Verhältnis versuchte Anstiftung zur Anstiftung — vollendete Anstiftung zur Anstiftung vor; die Strafbarkeit ist je nach dem Erfolge aus § 49a oder § 48 zu entnehmen, wobei bei Bestrafung aus § 48 die aus § 49a wegen Nichterfülltsein des § 43 entfällt. Subsidiarität wäre vielleicht möglich in dem Fall: A, der ein Verbrechen begehen will, fordert den B auf, den C zur Mittäterschaft anzustiften. Dann würden dieselben Erwägungen Platz greifen wie oben.

Die zweite Alternative des § 49a ist jedoch kein Fall der Subsidiarität. Dadurch aber, daß ihre Konstruierbarkeit als solche nachgewiesen wurde, ist es notwendig geworden, noch ein weiteres Wesensmerkmal der Subsidiarität aufzudecken, das erst die end-

gültige Klärung gibt. Ohne Herausstellung dieses Merkmals würde auf Grund der bisherigen Definition mancher Fall zur Subsidiarität gerechnet werden können, der zur Konsumtion gehört. Dieses Merkmal wird weiter unten klargestellt werden.

Die Alternative der Annahme der Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen stellt im Gegensatz zum ersten Tatbestand des § 49a (dem des Aufforderns) schlechthin einen Fall der Subsidiarität gegenüber dem vollendeten Delikt dar. Die Annahme einer solchen Aufforderung ist gleichbedeutend mit dem Entschluß, das Verbrechen demnächst zu begehen oder sich an ihm zu beteiligen. Diese Entschlußfassung ist aber schon ein, wenn auch ganz frühes, Angriffsstadium auf das geschützte Rechtsgut, diese Willensbetätigung ist die erste der Handlungen, deren Gesamtheit den Erfolg herbeiführen soll. Bei Vollendung des Deliktes liegt ein typischer Fall von Subsidiarität vor: dasselbe Rechtsgut, verschiedene Rechtssätze, die es in verschiedenen Angriffsstadien schützen.

Das sich zur Begehung eines Verbrechens Erbieten steht ebenfalls zum vollendeten Verbrechen im Verhältnis der Subsidiarität; denn wenn sich jemand erbietet, ein Verbrechen zu begehen, so ist das gleichbedeutend damit, daß er bereits entschlossen ist, das Verbrechen demnächst zu vollenden. Das ist aber ebenfalls ein Angriffsstadium auf das geschützte Rechtsgut, wenn auch gegenüber der Alternative der Annahme der Aufforderung der Fall insofern anders liegt, als dort der Aufgeforderte sich erst entschließt, der sich Erbietende aber schon entschlossen ist und dies kund tut. Die Ausführung soll nur abhängig gemacht werden von der Zustimmung dessen, dem gegenüber das Erbieten geschieht — denn anders hätte das „Erbieten" keinen Sinn —; demjenigen, welchem das Angebot gemacht wird, muß aus irgendeinem Grunde etwas an der Ausführung des Verbrechens liegen. Den Angriff auf das Rechtsgut wird man darin zu sehen haben, daß jemand entschlossen ist, und zwar unter der Bedingung der Billigung oder des Einverständnisses eines anderen, ein Verbrechen zu begehen und nun durch das Erbieten die Bedingung herbeizuführen sucht, um seinen Vorsatz zu einem unbedingten zu machen. Da im allgemeinen jemand, der sich einem anderen gegenüber zur Begehung eines Verbrechens erbietet, darüber unterrichtet sein wird, daß der andere den Eintritt des Erfolges begrüßen würde, so ist die Herbeiführung der Bedingung wahrscheinlich. Darin liegt gerade die Gefährlichkeit des Erbietens, die dem Gesetzgeber zur Aufstellung der Strafnorm Veranlassung gab. In den Fällen, in denen der Erfolg eintritt, ist § 49a subsidiär gegenüber dem vollendeten Delikt.

Eine eingehende Besprechung des Sicherbietens zur Teilnahme an einem Verbrechen ist nach den vorhergehenden Ausführungen nicht mehr nötig. Auch hier liegt im Falle der Mittäterschaft oder Beihilfe am vollendeten Verbrechen Subsidiarität vor. Das Sicherbieten zur Anstiftung ist genau so zu behandeln wie das Sicherbieten

zur Begehung, nur das dort der sich Erbietende das Delikt durch einen anderen zur Vollendung bringen will.

Ebenfalls die letzte Alternative des § 49a bedarf keiner eingehenden Besprechung mehr; denn durch die Annahme des Erbietens wird die Bedingung herbeigeführt, von deren Eintritt der Sicherbietende die Ausführung seines Vorsatzes abhängig machte. Dieser Fall gehört weder zur Subsidiarität -- denn die einzige Handlung des Annehmenden ist eben die Annahme des Erbietens, es liegt also keine Handlungsmehrheit vor — noch zur Konsumtion — denn der Annehmende verletzt durch seine Handlung nur § 49a, also keinen anderen Rechtssatz, dessen Strafdrohung aufgezehrt werden könnte —. Nicht etwa ist der Annehmende Anstifter, wenn das Verbrechen zur Vollendung kommt; denn der Sicherbietende war schon entschlossen, die Tat zu begehen, also ein omnimodo facturus, so daß die Erregung eines Tätervorsatzes, die der Anstiftung wesentlich ist, nicht vorliegt.

Es kann somit als erwiesen angesehen werden, daß die Behauptung, der § 49a sei schlechthin eine subsidiäre Norm, nur in sehr beschränktem Umfange richtig ist. Das Ergebnis ist durch die enge Fassung der hier aufgestellten Subsidiaritätsformel bedingt. Eine weitere Fassung darf eine Formel, mit der in der Unzahl der möglichen Fälle Klarheit geschaffen werden soll, nicht haben (vorbehaltlich des noch hinzuzufügenden Merkmales); denn sie enthält das Wesen der Subsidiarität, das sich eine größere Anzahl von Merkmalen oder Alternativen nicht aufdrängen läßt. Wohin die weiten Subsidiaritätsbegriffe geführt haben, kann man ermessen, wenn man die Unstimmigkeiten ansieht, mit denen die verschiedenen Fälle bei annähernd übereinstimmender Definition der Verfasser behandelt werden. Das muß zwangsläufig zu der Erkenntnis führen, daß nur ein möglichst enger Begriff von Nutzen sein kann. Dann wird man auch ganz von selbst davon abkommen, nur mit Spezialität und Subsidiarität oder Spezialität und Konsumtion zu arbeiten, weil man einsehen muß, daß alle drei Begriffe ihre Eigenbedeutung und Existenzberechtigung haben. Wenn es auch durch Hinweis des Gesetzes nur Spezialität und Subsidiarität gibt, so kommt doch eine große Anzahl von Fällen vor, die nur mittels einer gewissen Gewalttätigkeit unter diese beiden Begriffe gebracht werden können, und es ist nicht einzusehen, warum Gewalt angewendet werden sollte, wenn es ohne sie viel zwangloser, einfacher und klarer geht.

h) Das entscheidende Merkmal der Subsidiarität ist der der subsidiären Norm notwendig innewohnende Hinweis auf weitere Handlungen des Täters.

Der oben aufgestellten Subsidiaritätsformel fehlt noch ein entscheidendes Merkmal, worauf schon mehrfach hingewiesen wurde. Sie ist noch zu weit; denn sie läßt zu, daß Konsumtionsfälle unter sie gebracht werden können. Ein solcher Fall war der oben erörterte des § 49a, der von der Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen

handelt. Dort wurde seine Konstruierbarkeit als Fall der Subsidiarität nachgewiesen. Das lag aber daran, daß das im folgenden klarzulegende Moment nicht beachtet worden war. Es war schon im Laufe der Erörterungen aufgetreten, dort aber absichtlich außer acht gelassen, um seine Notwendigkeit um so mehr hervorheben zu können.

Es ist oben ausgeführt worden, daß, wenn eine Norm nur aushilfsweise gelten will, notwendig eine weitere Norm da sein muß, der gegenüber sie zurücktreten kann. Jeder subsidiären Norm muß also notwendig der Hinweis auf eine weitere Tätigkeit innewohnen, durch die die lex primaria verwirklicht werden soll. Dieser Hinweis geschieht in einigen Fällen ausdrücklich, z. B. in § 83 durch die Worte „ohne daß es zum Beginn einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist". Es wird hier auf die weiteren Tätigkeiten des § 82 hingewiesen, zu deren Vornahme § 83 ein Durchgangsstadium ist. In den anderen Fällen ist der Hinweis ein stillschweigender; er ergibt sich hier aus dem Sinn der Norm und dem Anlaß ihrer Aufstellung.

Eine subsidiäre Norm bedroht immer eine „Vortat" mit Strafe, damit notwendig auf eine „Nachtat" hinweisend. Dies ergibt sich aus dem Zwecke einer subsidiären Norm, dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien zu schützen. Wenn der Gesetzgeber aber schon ein frühes Angriffsstadium unter Strafe stellt, das noch keine Verletzung eines Rechtsgutes enthält, so kann er nur davon ausgegangen sein, daß weitere Angriffsstadien folgen würden. Also nur wenn eine Norm nach ihrem Sinn und Zweck mit Notwendigkeit auf weitere Handlungen des Täters hinweist, kann bei Gegebensein der sonstigen Voraussetzungen Subsidiarität vorliegen.

Diese Erkenntnis in die Begriffsdefinition der Subsidiarität aufzunehmen ist notwendig, weil erst hiermit das Wesen der Subsidiarität erschöpfend erfaßt wird. Die Subsidiarität läßt sich demnach wie folgt definieren: Gesetzeskonkurrenz im Sinne der Subsidiarität ist dann gegeben, wenn dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien von mehreren Rechtssätzen geschützt wird, wobei derjenige der mehreren Rechtssätze, der das jeweils früheste Angriffsstadium unter Strafe stellt, sinngemäß auf weitere Tätigkeit des das frühere Angriffsstadium verwirklichenden Täters hinweist. Bei Gegebensein dieser Bedingungen nimmt der kriminelle Gehalt der Haupttat den der Vortat in sich auf.

Wenn man diesen Hinweis für entscheidend hält, dann ergibt sich ohne weiteres, daß das Auffordern des § 49a keinen Fall der Subsidiarität darstellen kann; denn das Auffordern weist nicht sinngemäß auf weitere Handlungen des Auffordernden hin, die Aufforderung ist nicht sinngemäß als Vorbereitungshandlung anzusehen. Es ist nicht angängig, einen konkreten Sachverhalt zu bilden, indem man etwa sagt: in dem Fall, wo der Auffordernde gewillt ist, sich später selbst an dem Verbrechen zu beteiligen, werden weitere Handlungen vorgenommen werden, dann weist der Entschluß des Auffordernden auf weitere Tätigkeiten hin, so daß das Auffordern das frühere Angriffs-

stadium ist. — Der Hinweis auf die weiteren Handlungen muß sich vielmehr aus den Tatbeständen selbst, wenn auch nur indirekt, ergeben, nicht aus dem Entschluß des Täters.

In diesem Sinne ist also die Subsidiarität genau wie die Spezialität aus den Tatbeständen selbst ablesbar.

i) Die Gefährdungsdelikte stehen zu den Verletzungsdelikten nicht im Verhältnis der Subsidiarität.

Einer besonderen Betrachtung bedarf das Verhältnis der Gefährdungsdelikte zu den Verletzungsdelikten. Der subsidiären Norm war es wesentlich, daß sie eine Gefährdung unter Strafe stellte. Dies mag zur Annahme geführt haben, daß die Gefährdungsdelikte zu den Verletzungsdelikten im Verhältnis der Subsidiarität stehen[93].

Der grundlegende Unterschied ist jedoch schon darin zu finden, daß der subsidiären Norm notwendig ein Hinweis auf eine weitere Tätigkeit innewohnte, daß ihre Verwirklichung für den Täter nur als Vorstadium gedacht sein konnte. Ein solcher Hinweis ist in den Gefährdungsnormen keineswegs enthalten. Die Gefährdungsdelikte teilen sich in zwei Gruppen, einmal die mit Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Objekten, weiter die mit einer konkreten Gefahr. Die Eigenartigkeit der ersteren Gruppe besteht also nicht in einer Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes, sondern in der dem Wesen der Gefahr entsprechenden vielfältigen Verletzungsmöglichkeit. Die subsidiären Normen stellten stets die Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes unter Strafe. Eine abstrakte Gefährdungshandlung kann hingegen „eine sehr umfassende Schädigung in Aussicht stellen, während die beabsichtigte oder wirklich sich ergebende Schädigung gering ist[94]". Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Gefährdungshandlung einer unbestimmten Anzahl von Objekten Schaden zu bringen geeignet ist[95]. Hieraus ergibt sich, daß der kriminelle Gehalt einer solchen Gefährdungsnorm nie geringer sein kann als der der Verletzungsnorm, so daß aus diesem Grunde keine Subsidiarität vorliegen kann. Binding[96] hält z. B. Subsidiarität des § 366 Ziff. 6 gegenüber der Verletzungsnorm für gegeben. Er übersieht aber die Gefährlichkeit für eine unbestimmte Anzahl von Gütern und Objekten, bei der sonst auch er keine Subsidiarität annimmt, folglich hier zum gleichen Ergebnis hätte kommen müssen.

Anders können diejenigen Fälle der Gefährdungsdelikte liegen, die die Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes unter Strafe stellen, wie z. B. § 221. Ist durch die Aussetzung der Tod des Objektes eingetreten, dann kann die Frage berechtigt sein, ob die Ge-

---

[93] Binding, Hdb., S. 358 f; Frank, § 73, VII, 2 β; Köhler, S. 79; Olshausen, § 73, Anm. 13 b; Wachenfeld, S. 55.

[94] v. Bar, III, S. 542.

[95] Frank, § 73, VII, 2b, β.

[96] Hdb., S. 360.

fährdungsnorm gegenüber der Verletzungsnorm subsidiär sein kann. Die Frage ist zu verneinen. Denn erstens weist die Gefährdungsnorm nicht notwendig auf weitere Handlungen des Täters hin, weiter ist aber ausschlaggebend die Verschiedenartigkeit des Vorsatzes, der zum Gefährdungsdelikt einerseits und zum Verletzungsdelikt andererseits erforderlich ist. Ersterer schließt den letzteren begrifflich aus und umgekehrt. Allerdings hat Frank[97] darauf hingewiesen, daß bei einer durch Aussetzung zu bewirkenden Tötung der Aussetzungs-, also Gefährdungsvorsatz neben dem Tötungsvorsatz immer vorhanden ist. Das kann jedoch nichts daran ändern, daß der Verletzungsvorsatz der beherrschende ist. In einem solchen Falle will der Täter töten, wenn auch über den Umweg einer Aussetzung, die ihrerseits erst zum Tode führen soll. (Jemand legt sein Kind an einen verlassenen Ort nieder, um es dort verhungern zu lassen.) Der Täter will eben töten, nicht nur gefährden. Eine Konkurrenz von Tötung und Gefährdung kann also deswegen nicht in Betracht kommen, weil im Falle des Erfolgseintrittes die Gefährdungsnorm nicht erfüllt ist wegen Fehlens der subjektiven Voraussetzungen. Von Bedeutung wird die Gefährdungsnorm erst dann, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist. Dann kann von einer Konkurrenz aber ebenfalls nicht gesprochen werden, weil es an dem Erfordernis eines zweiten, konkurrierenden Gesetzes fehlt. Aus demselben Grunde ist die Annahme Bindings[98] von der Subsidiarität der Körperverletzungsnormen zu den Tötungsnormen zu verwerfen.

Bei den Gefährdungsdelikten mit „Gemeingefahr", mit einer Schädigungsmöglichkeit für eine unbestimmte Anzahl von Objekten, konnte keine Subsidiarität vorliegen gegenüber den Verletzungsdelikten, weil sie weder dem Sinn und Zweck nach Vorbereitungshandlungen waren, noch eine Umfassung des kriminellen Gehaltes der Gefährdungsnormen in Frage kam. Die anderen Gefährdungsnormen konnten mit den Verletzungsnormen nicht konkurrieren, weil stets nur ein Gesetz verletzt war.

Eine weitergehende Untersuchung über den Begriff der Gefährdung und die Gefährdungsdelikte würde aus dem Rahmen der Aufgabe fallen. Die Ausführungen müssen damit ihr Ende finden, daß festgestellt wird: die in Frage kommenden Fälle stellen keine Grundlage für eine Gesetzeskonkurrenz dar wegen Fehlens der grundlegenden Voraussetzungen; denn es gibt nur zwei Arten von Gefährdungsdelikten: die mit Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgütern und Rechtsgutsträgern und die mit Gefahr für ein konkretes Rechtsgut. Bei jenen ist die Identität des Rechtsgüterschutzes nicht gewahrt, bei diesen fehlt es überhaupt an einer Konkurrenz.

---

[97] § 221, IV.
[98] Hdb., S. 356.

3. KONSUMTION.

a) Nachweis der Berechtigung des Begriffes.

Bevor man eine Untersuchung über die Konsumtion vornimmt, bedarf es der Prüfung, ob dieser Begriff eine Existenzberechtigung hat, ob die bisher als Konsumtion bezeichneten Fälle wirklich solche sind, ob es das gibt, was man bisher mit Konsumtion bezeichnet hat, oder ob es sich nicht vielmehr um einen überflüssigen Begriff handelt, mit dessen Handhabung nichts weiter gewonnen ist, als für zweifelhafte Fälle einen Namen gefunden zu haben, mit dem man seine Unfähigkeit, eben diese Fälle zu erklären, zu bemänteln in der Lage ist, der m. a. W. mehr zur Verwirrung als zur Klärung der Systematik beiträgt.

Es ist in der Literatur nicht nur einmal unternommen worden, nachzuweisen, daß der Begriff der Konsumtion entbehrlich ist. Vielmehr sollen die als Konsumtion bezeichneten Fälle teils zur Spezialität, teils zur Subsidiarität gehören. v. Hippel[99] bezeichnete Konsumtion als „Schlagwort für unbekannte Fälle". Ad. Merkel und Finger erwähnen sie überhaupt nicht, sondern kennen ebenfalls nur Spezialität und Subsidiarität. Es wird zweckmäßig sein, die Definition der die Konsumtion ablehnenden Schriftsteller über die anderen Fälle der Gesetzeskonkurrenz zu untersuchen, um feststellen zu können, auf Grund welcher Erwägungen sie dazu gekommen sind, die Konsumtion als nicht notwendig abzulehnen und anerkannte Konsumtionsfälle bei der Spezialität oder Subsidiarität unterzubringen.

Eine genaue Definition seines Spezialitätsbegriffes bringt nur v. Hippel. Sie ist oben S. 25 zitiert. Diese Definition ist gegenüber den sonst aufgestellten so unverhältnismäßig viel weiter, daß es selbstverständlich ist, wenn v. Hippel eine Anzahl der gewöhnlich unter den Begriff Konsumtion gerechneten Fälle zur Spezialität zählt. So ist es ihm auch möglich, die Konsumtion als überflüssig zu bezeichnen. In Wahrheit definiert v. Hippel nicht nur die Spezialität, sondern auch die von ihm abgelehnte Konsumtion. Seine Definition umfaßt auch den als überflüssig bezeichneten Begriff. Außerdem kann nicht eingesehen werden, wozu es des dritten Teiles der Definition bedarf: das dafür auf S. 525, Anm. 1, zitierte Beispiel ist ungleich einfacher unter den zweiten Teil der Definition zu bringen. Die Definition ist in diesem Punkte ungenau. Darin liegt ihre Unrichtigkeit. Was die Vorteilhaftigkeit anbetrifft, so mag man sich fragen, welches System die größere Klarheit bringt: eines, das mit drei scharf umgrenzten Begriffen arbeitet, oder eines, das zwei dieser Begriffe in einen einzigen aufnimmt und dabei die Existenz eines der beiden leugnet. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. In wissenschaftlicher Arbeit muß man das System als das vorteilhaftere bezeichnen, das größere Klarheit bringt.

In den vorher besprochenen Fällen der Gesetzeskonkurrenz ist davon ausgegangen worden, die rechtspolitischen Gesichtspunkte zu

[99] II, S. 552.

ergründen, die zur Aufstellung spezieller und subsidiärer Normen geführt haben. Diese Methode offenbarte die Grundlage für eine Definition. Es stellte sich heraus, daß die speziellen und generellen, die subsidiären und primären Normen in Beziehung und mit Rücksicht aufeinander aufgestellt worden sind. Dies offenbarte sich auch bei einem Vergleich der in Betracht kommenden Tatbestände. Die Konsumtion ist aber im Gegensatz zur Spezialität und Subsidiarität keine „Erscheinungsform" der Tatbestände — Erscheinungsform in dem Sinne verstanden, daß bei abstrakter Betrachtung ein bestimmtes Beziehungsverhältnis der Tatbestände erscheint —, sondern die Notwendigkeit einer Aufzehrung eines Tatbestandes durch den anderen kann nur in konkreten Fällen erkannt werden. Das Verdienst, auf die Notwendigkeit einer konkreten Betrachtungsweise hingewiesen zu haben, kommt Sauer[100] zu: „Man kann nicht sagen, daß das konsumierende Gesetz überhaupt, also abstrakt das speziellere ist, aber auch nicht, daß es regelmäßig, also generell das speziellere ist, sondern höchstens, daß es mitunter, oder allenfalls oft (!) das speziellere ist. Also eine konkrete Betrachtung, eine Entscheidung von Fall zu Fall." Da sich bei abstraktem Vergleich der leges consumentes und der leges consumtae keinerlei Beziehungspunkte zeigen, aus denen man auf ein mögliches Zurücktreten der einen Norm bei Gegebensein der anderen schließen kann, muß angenommen werden, daß das Verhältnis der Konsumtion bei Aufstellung des Gesetzes rein zufällig entstanden ist; denn sonst hätten solche gesetzgeberischen Erwägungen irgendwie in Erscheinung treten müssen. Für die Konsumtion gibt es also nicht die Erleichterung, daß man vom Standpunkt des Gesetzgebers aus die Erscheinung erklären könnte. Es können daher, weil die Konsumtion nur in konkreten Fällen erkennbar ist, nur konkrete Fälle als Aufbaugrundlage für eine Definition dienen.

Dabei ist zweckmäßig auszugehen von den anerkannten Konsumtionsfällen. Die Gründe, die hier die Aufzehrung der einen Norm bewirken, müssen stets in allen anderen Fällen die gleichen sein. Weiter ist die Besinnung darauf, daß auch die Konsumtion ein Fall der Gesetzeskonkurrenz ist, notwendig. Es wird sich dann ergeben, daß das Problem des kriminellen Gehaltes auch für die Konsumtion maßgebend ist.

Zunächst soll das Verhältnis des § 243 Ziff. 2 zu § 123 betrachtet werden. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man hier ein Spezialitätsverhältnis annehmen, wenn man das „Einsteigen" als Abkürzung des Tatbestandes des § 123 ansieht. In der Tat scheint stets, wenn § 243 Ziff. 2 gegeben ist, notwendig auch § 123 vorzuliegen, so daß die eingangs aufgestellte Definition zu passen scheint. Honig behauptet[101] auch: „... ein Einsteigediebstahl ohne die gleichzeitige tatbestandsmäßige Verwirklichung eines Hausfriedensbruches ist allerdings unmöglich." Dieses „unmöglich" ist jedoch voreilig; denn es gibt Ausnahmen, mag deren Zahl auch beschränkt sein. Und e i n e

[100] S. 450.
[101] Nachtat, S. 84.

Ausnahme genügt, um Spezialität abzulehnen. Beispiel: A verläßt sein Haus auf einige Zeit. Die Schlüssel dazu händigt er dem zum Zwecke des Aufpassens angenommenen B aus. B wohnt während der Abwesenheit des A in dem Haus. Eines Nachts kommt A zurück, steigt durch ein Fenster ein und entwendet dem B einen Ring. Darauf entfernt er sich wieder. — Niemand wird behaupten, daß A sich des Hausfriedensbruches schuldig gemacht habe; denn er kann sein Haus betreten auf welchem Wege er immer will, und zu welcher Zeit es ihm beliebt. Aber ebenso sicher hat A § 243 Ziff. 2 verwirklicht; denn es kommt beim Einsteigen nicht darauf an, daß der Täter hierzu an sich berechtigt ist[102]. Dieser Fall zeigt, daß § 243 Ziff. 2 im Verhältnis zu § 123 nicht lex specialis ist. Vielmehr gehört er zur Konsumtion. Es wird aufzudecken sein, aus welchen Günden § 123 von § 243 Ziff. 2 aufgezehrt wird. Der eben gebildete Fall muß natürlich außer Betracht bleiben, da § 123 nicht verwirklicht ist, Subsumierbarkeit unter beide Tatbestände aber Voraussetzung für eine Gesetzeskonkurrenz ist.

Als rein äußerliches Merkmal kann zunächst festgestellt werden, daß § 243 Ziff. 2 regelmäßig die Verwirklichung des § 123 voraussetzt. Dies hat der Gesetzgeber sicherlich erkannt. Daß aber trotzdem eine zufällige Beziehung vorliegt, ergibt sich aus der verschiedenen Ausdrucksweise. Da also bei Aufstellung der Normen keine bestimmten Vorstellungen des Gesetzgebers vorgelegen haben, muß es Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sein, trotz der Zufälligkeit der Entstehung die bestehenden Normen in eine Beziehung zueinander zu bringen, aus deren Anwendung ein gerechtes und vernünftiges Ergebnis erzielt wird. Denn eine gleichzeitige Bestrafung wegen Hausfriedensbruches und Einsteigediebstahls wäre unbillig und wird auch nirgends zugelassen. Ein gerechtes Ergebnis ist nur dann zu erzielen, wenn man die Tat nach ihrem kriminellen Gehalt bestraft. Wenn also die lex consumens allein zur Anwendung kommen soll, muß ihr krimineller Gehalt die Handlung erschöpfend erfassen. So ist auch die Konsumtion ein Problem des kriminellen Gehaltes.

Aus der Zufälligkeit der Entstehung konsumierender Normen ergibt sich, daß sie nicht abhängig sein können von Einheit oder Mehrheit der Handlungen. Die Schwierigkeiten, die für die Definition der Konsumtion bestehen, liegt auf der Hand; während bei der Spezialität notwendig Handlungseinheit zugrunde lag, während demgegenüber die Subsidiarität Handlungsmehrheit zur Voraussetzung hatte, so daß auf Grund dieses Gegensatzes sich schon die eine von der anderen schied, kann bei der Konsumtion die Frage: Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit? nicht gestellt werden. Denn ein Blick auf die anerkannten Konsumtionsfälle zeigt, daß sowohl Handlungseinheit, als auch Handlungsmehrheit gegeben sein können. Somit scheint der Zweifel berechtigt, ob Konsumtion ein einheitlicher Begriff sei, ob sie nicht vielmehr zwei Fälle in sich vereinige, die zu scheiden notwendig wäre; denn man könne doch nicht einen Begriff als einheitlich be-

[102] Frank, § 243, III, 1a; Schwartz, § 243, 2.

zeichnen, dessen Anwendungsfälle teils zur scheinbaren Realkonkurrenz zu rechnen sei. So scheinen die Bedenken v. Hippels ihre Berechtigung zu haben; denn wie sollte man einen Begriff anerkennen können, der in seinem Anwendungsgebiet nicht einheitlich ist. Aber der Ausweg v. Hippels ist nicht gangbar, wenn er die Konsumtionsfälle teilt und teils zur Spezialität, teils zur Subsidiarität rechnet. Das hatte eine Erweiterung dieser beiden Begriffsbestimmungen zur Folge, die nur zu Unklarheiten führen konnte und geführt hat. Es ist oben nachgewiesen, daß die Subsidiarität sich keine anderen Fälle unterordnen läßt, als die durch die Formel erfaßbaren. Aber auch die Spezialität duldet nur solche Fälle unter sich, die sich in den ihr gezogenen Grenzen bewegen (der v. Hippelsche Spezialitätsbegriff kann nicht anerkannt werden). Es sind also keine anderen Fälle bei den beiden Begriffen mehr unterzubringen.

Da bei der Konsumtion das Zurücktreten des einen Gesetzes bei gleichzeitigem Gegebensein eines anderen nur in konkreten Fällen stattfinden kann, löst sich die Unstimmigkeit, die darin zu bestehen schien, daß in Konsumtionsfällen sowohl Handlungseinheit, als auch Handlungsmehrheit vorliegen könnte. Dies kann nichts daran ändern, daß der Konsumtionsbegriff ein durchaus einheitlicher ist, nicht etwa eine Verlegenheitsformel; denn da lediglich die Betrachtung des konkreten Falles maßgebend ist, kann das Kriterium Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit außer Betracht bleiben. Dennoch ist auch die Konsumtion ein Fall der Gesetzeskonkurrenz; denn auch hier streiten sich mehrere Gesetze um die ausschließliche Anwendbarkeit, sie konkurrieren, stehen miteinander in Wettbewerb. Es muß an der Existenzberechtigung und Eigenbedeutung des Konsumtionsbegriffes festgehalten werden, da er mit den anderen Fällen der Gesetzeskonkurrenz keinerlei Bedingungen gemeinsam hat. Nur die Grundlage ist dieselbe: die Identität des Rechtsgüterschutzes und der umfassende kriminelle Gehalt des anzuwendenden Gesetzes.

b) Eine Unterteilung der Konsumtion in drei Fälle ist aus Gründen der Klarheit notwendig.

Unter den Konsumtionsbegriff fallen drei verschiedene Fälle: zunächst diejenigen, in denen Handlungseinheit vorliegt (§§ 123/243; 303 Brandstiftung), weiter die, in denen Handlungsmehrheit vorliegt und sowohl die Vortat als auch die Nachtat aufgezehrt werden kann, endlich die Fälle der strafumfaßten Nachtat. Es scheint angebracht, unter dem Oberbegriff Konsumtion diese drei Fälle zu teilen, um zu klaren Begriffsbildungen zu gelangen. Es würden demnach folgende Fälle aufzustellen sein:

1. Konsumtion als Handlungseinheit,
2. Konsumtion als Handlungsmehrheit,
3. Konsumtion als strafumfaßte Nachtat.

aa) Konsumtion als Handlungseinheit.

Jedem Tatbestand wohnt ein bestimmter krimineller Gehalt inne. Wenn ein Tatbestand 1 den Gehalt a plus b hat, ein anderer Tat-

bestand 2, der gleichzeitig verwirklicht ist, nur den Gehalt b, wenn weiter 2 nach der allgemeinen Erfahrung sehr oft gleichzeitig mit 1 verwirklicht ist, dann kann man sagen, daß die dem kriminellen Gehalt a + b entsprechende Strafe die den Gehalt b umfassende Strafe mit in sich begreift, die Strafe aus dem Tatbestand 2 von der des 1 aufgezehrt wird. Voraussetzung ist natürlich, daß die beiden Tatbestände auf Grund eines einheitlichen Vorsatzes verwirklicht werden. Ist das nicht der Fall, wie etwa, wenn A heute randalierend in das Haus des B eindringt, morgen in demselben Haus einen Einsteigediebstahl verübt, dann kann von einer Konsumtion des mindergehaltigen Tatbestandes durch den mehrgehaltigen keine Rede sein. A begeht nämlich Hausfriedensbruch und Einsteigediebstahl in Realkonkurrenz; denn der kriminelle Gehalt des ersten Hausfriedensbruches ist in dem des Einsteigediebstahls nicht enthalten, da dieser auf Grund eines neuen Vorsatzes begangen ist und die Einmaligkeit der Verletzung der Güter nicht gewahrt ist.

Es bleibt noch übrig, für den vorher erwähnten Fall des § 243 Ziff. 2 nachzuweisen, daß sein krimineller Gehalt den des § 123 in sich aufnimmt. Das in § 123 geschützte Rechtsgut ist der Hausfrieden, den kein Unbefugter stören soll. Der kriminelle Gehalt sei B, der sich zusammensetzt aus dem Unrechtswert a/B und dem Schuldwert b/B. § 243 Ziff. 2 schützt zunächst die Rechtsgüter Gewahrsam und die Freiheit der Eigentumsausübung. Sein Gehalt in bezug auf die Eigentumsausübung sei A mit dem Unrechtswert ə/A und dem Schuldwert b/A, in bezug auf den Gewahrsam C, mit dem Unrechtswert a/C. Da aber ein Dieb seltener bei sich selbst einsteigen wird, bei anderen aber durch diese Handlung stets den Hausfrieden verletzt, so wird man annehmen müssen, daß außerdem noch der Hausfrieden im § 243 Ziff. 2 geschützt ist. Es sind also dann in ihm geschützt die Werte A + B + C, was auch in der härteren Strafe gegenüber § 242 + 123 zum Ausdruck kommt. In § 243 Ziff. 2 wird schon der Gehalt B des § 123 aufgenommen, so daß § 123 aufgezehrt wird. Wollte man außerdem noch aus § 123 bestrafen, so würde folgende Formel erscheinen: Unrechtswert (a/A + a/B + a/C) + a/B. Da aber die Figur a/B schon in der Klammer erscheint, würde die Bestrafung wegen § 123 gegen den Satz ne bis in idem verstoßen; denn eine einheitliche Handlung liegt vor, und die Schuld des Täters ist nicht deswegen eine größere, weil seine Handlung zufällig unter zwei Tatbestände subsumierbar ist.

Im Verhältnis der Konsumtion stehen auch Brandstiftung und Sachbeschädigung für den Fall, daß der Täter ein fremdes Haus in Brand steckt — auch hier muß also auf einen konkreten Fall abgestellt werden —. Das im § 303 geschützte Rechtsgut ist die Unversehrtheit fremden Eigentums. Der kriminelle Gehalt sei A. § 306 schützt ebenfalls (im gegebenen Falle) die Unversehrheit fremden Eigentums, will darüber hinaus aber noch die Gefährdung der in dem Hause lebenden Menschen verhindern. Dieser Gehalt sei B. Der kriminelle Gehalt des § 306 ist also A + B. Da der Unrechtswert des

§ 303 mit in § 306 enthalten ist, kommt nur eine Bestrafung aus § 306 in Frage. In beiden Tatbeständen wird dasselbe Rechtsgut geschützt, § 306 erfaßt den kriminellen Gehalt des § 303 völlig.

Der von einem Tatbestand angestrebte Rechtsgüterschutz ist also im konkreten Fall erschöpfend, weil der Tatbestand der lex consumens seinem kriminellen Gehalt nach den der lex consumta umfaßt, und der Rechtsgüterschutz teilweise identisch ist. Entscheidend für das Vorliegen auch eines Konsumtionsverhältnisses ist daher, daß beide Tatbestände im konkreten Falle dasselbe Rechtsgut schützen (mag auch die lex consumens darüber hinaus noch ein weiteres Rechtsgut schützen) und daß daher der kriminelle Gehalt des einen den des anderen in sich aufnimmt.

Nie kann Konsumtion vorliegen, wenn die lex consumta ein Rechtsgut schützt, das in der lex consumens nicht ebenfalls geschützt wird; denn dann erfaßt dieser Tatbestand die Handlung nicht mehr erschöpfend, weil außerdem noch ein in ihm nicht enthaltenes Rechtsgut verletzt ist, so daß der kriminelle Gehalt des anderen Tatbestandes in ihm nicht zum Ausdruck kommt, weil ein weiteres Unrecht angerichtet ist. Nur der Tatbestand kann derogierende Kraft haben, der den kriminellen Gehalt des anderen erschöpfend mitumfaßt. Ist das nicht der Fall, dann liegt entweder Ideal- oder Realkonkurrenz vor; denn dann kann der Unrechtswert einer Handlung nur durch Subsumtion unter mehrere anwendbare Gesetze erfaßt werden.

In den angewendeten Beispielen lag Handlungseinheit vor. Diese Fälle unterscheiden sich von denen, in welchen Handlungsmehrheit vorliegt, dadurch, daß man bei ihnen erkennen konnte, daß Einsteigediebstahl fast immer mit einem Hausfriedensbruch verbunden ist, daß fast immer bei Brandstiftung Sachbeschädigung vorliegen muß. Diese Erkenntnis hat wiederholt zu den Definitionen geführt, daß Konsumtion dann vorläge, wenn bei Verwirklichung des einen Tatbestandes regelmäßig[103] auch der andere gegeben, wenn der eine die regelmäßige Erscheinungsform des anderen sei[104]. Bei diesen Definitionen mußte man naturgemäß zu der Annahme gelangen, daß die Konsumtion Handlungseinheit zur Voraussetzung hätte, und dies hat v. Hippel veranlaßt, die Konsumtion zur Spezialität zu rechnen. Nahm man aber an, daß Konsumtion Handlungseinheit zur Voraussetzung habe, so war man nicht in der Lage, die Konsumtion der leichteren Teilnahmeform durch die schwerere zu erklären. Überhaupt konnte eine solche auf Äußerlichkeiten basierende Begriffsbestimmung nie zur Erkenntnis des Wesens der Konsumtion beitragen; denn es tauchten in ihr weder die Identität des Rechtsgüterschutzes, noch der kriminelle Gehalt auf. Diese beiden Begriffe sind aber die rechtspolitischen Grundlagen für die Aufzehrung des einen Tatbestandes durch den anderen, erst mit ihnen ist es möglich, die Konsumtionsfälle zu erfassen. Gewiß ist es richtig, daß in den Fällen der Konsum-

[103] Lobe im Leipz. Komm., S. 70.
[104] RG. 60/117; v. Hippel, S. 524 ff.

tion, in denen Handlungseinheit vorliegt, regelmäßig bei Gegebensein des einen auch der andere Tatbestand gegeben ist. Aber es ist doch darum zu tun, das Wesen dieser Erscheinungsform zu erforschen. Dazu kann nicht ausreichen zu sagen, der Tatbestand der lex consumta enthalte die regelmäßige Erscheinungsform der lex consumens, und deswegen werde er bei Gegebensein beider aufgezehrt. Mit derselben Berechtigung könnte man sagen (und es ist tatsächlich von Köhler[105] gesagt worden), daß die regelmäßige Sachbeschädigung der Kleidung bei dem tödlichen Schuß auf einen Menschen von der Tötungsnorm konsumiert werde. Das ist aber keineswegs der Fall. Entscheidend ist vielmehr, daß der Unrechtswert der lex consumta von der lex consumens erfaßt wird, wenn die beiden Tatbestände im konkreten Falle zusammentreffen. Der Unrechtswert zweier Tatbestände kann nur dann von einem dieser beiden ergriffen werden, wenn beide dasselbe Rechtsgut schützen; denn die Verletzung eines jeden Rechtsgutes hat ihren eigenen Unrechtswert. So kann man also sagen, daß, wenn ein Tatbestand mehrere Rechtsgüter schützt, die Verletzung eines jeden Rechtsgutes ein bestimmtes Maß von Unrecht darstellt. Ist dann der kriminelle Gehalt des mindergehaltigen Tatbestandes in dem mehrgehaltigen enthalten, so kann eine Bestrafung nur aus diesem erfolgen, da das Unrecht dem Täter damit voll vergolten ist. Und weiter soll und will der Strafanspruch des Staates nicht gehen; denn welche Bedeutung man der Strafe an sich auch beilegen mag (Sicherung, Besserung usw.), in erster Linie ist und bleibt sie doch Vergeltung[106] und wird von dem natürlichen Rechtsempfinden auch als solche angesehen. Ist also dem Täter seine Handlung durch Bestrafung aus einem Tatbestand vergolten, so wäre eine darüber hinausgehende Bestrafung aus dem Grunde, weil objektiv noch ein weiteres Gesetz verletzt war, sinnlos.

Die Begriffsbestimmung für den ersten Fall der Konsumtion ist gefunden. Da aber die beiden anderen Fälle ebenfalls zur Konsumtion gehören, kann ihre Grundlage auch nur dieselbe sein. Die Fälle der Konsumtion unterscheiden sich in folgendem von der Spezialität und der Subsidiarität: Bei diesen waren außer der Grundlage der Identität des Rechtsgüterschutzes und des kriminellen Gehaltes noch besondere Merkmale gegeben, auf Grund deren sie ihre Eigenbedeutung erlangten. (Bei der Spezialität die Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe, bei der Subsidiarität die verschiedenen Angriffsstadien.) Bei der Konsumtion ist man lediglich auf die Grundlage (Identität des Güterschutzes und krimineller Gehalt) angewiesen. Dennoch ist sie nicht, wie v. Hippel meint, ein Schlagwort für unbekannte Fälle. Vielmehr bezeichnet sie gerade die Fälle, in denen die Identität des Güterschutzes und nur sie die entscheidende Rolle spielt. Daß keine besonderen Merkmale bei ihr vorliegen, macht fie nicht zum überflüssigen Schlagwort. Die Fälle der Konsumtion sind Ausflüsse

[105] S. 61.
[106] Rohwedder, 4 ff.

des mehrfachen Schutzes, der einem Rechtsgut gewährt wird, dessen Auswirkungen auf allgemeinster Grundlage. Deswegen war für sie eine besondere Begriffsbildung notwendig. Mögen auch die praktischen Ergebnisse unabhängig davon sein, ob man einen Fall der Spezialität, der Subsidiarität oder Konsumtion zuweist, wissenschaftliches Denken ist danach bestrebt, im Interesse der Klarheit die Gliederung eines Gebietes, wenn auch nur nach Ordnungsgruppen, vorzunehmen. Und wenn es gelungen ist, in dem einheitlichen Gebiet der Gesetzeskonkurrenz drei Gruppen klar voneinander zu scheiden, so dürfte damit erwiesen sein, daß ein solches Bestreben nach Begriffsbildung einen Sinn hat; denn ist es nicht ersprießlicher, auf geordneter Straße zu wandern, als sich den Weg nur der Himmelsrichtung nach durch das Gestrüpp zu bahnen? Daher ist auch innerhalb der Konsumtion zu dreifacher Teilung geschritten, um Ordnung zu schaffen in dem Gewirr der Fälle.

bb) Konsumtion als Handlungsmehrheit.

Wenn man ausgeht von dem Rechtsgüterschutz und dem kriminellen Gehalt der Tatbestände, dann ist man nicht genötigt, die Konsumtion auf Fälle der Handlungseinheit zu beschränken, vielmehr erklären sich auch die Fälle, in denen Handlungsmehrheit vorliegt, zwanglos mit diesen Begriffen.

Zu den Fällen der Konsumtion als Handlungsmehrheit gehören außer den oben besprochenen Versuchsfällen lediglich die Fälle der verschiedenen Teilnahmeformen an ein und demselben Delikt. Binding[107] rechnet diese Fälle zur Subsidiarität. Der Bindingsche Subsidiaritätsbegriff kann jedoch nicht anerkannt werden[108]: „Das subsidiäre Strafgesetz will entweder nur Anwendung finden, 1. falls die Handlung, die es definiert, nicht nach Maßgabe eines anderen Strafgesetzes einen höheren Strafanspruch erzeugt, oder aber 2. falls eine andere als die von ihm definierte Handlung nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt." Wendet man diese Definition auf die §§ 49b/211 an, so fragt man sich vergeblich, wieso die in § 49b unter Strafe gestellte Handlung (Verabredung) in § 211 erscheint und demzufolge einen höheren Strafanspruch erzeugt. Zwar ist es richtig, daß die im § 211 definierte Handlung erstens eine andere ist als die im § 49b, zweitens auch einen höheren Strafanspruch erzeugt. Aber das kann mit derselben Berechtigung auch von allen anderen höher als § 49b strafenden Gesetzen gesagt werden. Es muß doch in einer Definition irgendeine Beziehung zwischen den beiden Gesetzen aufgedeckt werden!

Auch Frank[109] nimmt Subsidiarität der leichteren Teilnahmeform gegenüber der schweren an. Wenn aber Frank[110] definiert: „Subsidiarität liegt dann vor, wenn mehrere Strafdrohungen dasselbe Interesse (Rechtsgut) in verschiedenen Angriffsstadien schützen", so wird die

[107] Hdb., S. 360.
[108] Hdb., S. 355.
[109] S. 232.
[110] S. 231.

Unrichtigkeit seiner Ansicht evident; denn die Bestimmungen über Teilnahme beschreiben keineswegs ein anderes Angriffsstadium als die Täterschaftsbestimmungen: im Gegenteil, in beiden Fällen ist das letzte entscheidende Angriffsstadium, die Verletzung, beschrieben.

Olshausen[111] nimmt ebenfalls Subsidiarität an. Nach der im Text vertretenen Auffassung kann keine Subsidiarität vorliegen, weil das Erfordernis der verschiedenen Angriffsstadien fehlt. Vielmehr ist die Erscheinung des Zurücktretens der leichteren Teilnahmeform gegenüber der schwereren nur mit der Konsumtion zu erklären.

Nach dem Wesen der Konsumtion, daß der kriminelle Gehalt des anzuwendenden Tatbestandes den des zurücktretenden in sich aufnehmen muß, kann für eine Konsumtion nur die leichtere Teilnahme gegenüber der schwereren in Betracht kommen, mag sie als Vor- oder Nachtat auftreten (diese Begriffe sind hier lediglich im Sinne einer zeitlichen Reihenfolge zu verstehen). Schwerere Teilnahmeformen sind Anstiftung, Mittäterschaft und Täterschaft, die leichtere Teilnahmeform ist die Beihilfe. Es werden die verschiedenen möglichen Kombinationen zu untersuchen sein, wobei die Lösung nicht mehr schwer sein kann, nachdem die Grundlagen der Konsumtion erkannt sind.

1. Konsumtion der Beihilfe durch die Täterschaft.

Konsumiert wird die Beihilfe von der Täterschaft[112], gleichgültig, ob der Gehilfe von vornherein sich später als Täter beteiligen wollte, oder ob er diesen Entschluß erst nachträglich gefaßt hat. Legt man den Fall zugrunde, daß der frühere Gehilfe nachträglich den Entschluß der täterschaftlichen Begehung gefaßt hat, dann ergibt sich, daß der Gehilfe bei der Verletzung eines Rechtsgutes zunächst Gehilfenhandlungen vorgenommen hat, der kriminelle Gehalt seiner Handlung ist geringer als der der Handlung des von ihm unterstützten Täters, da seine Handlung eine schwächere Einwirkungsmöglichkeit auf das angegriffene Gut hat. Faßt der Gehilfe dann den Entschluß, die letzten Akte der Tat als Mittäter zu begehen, dann wächst der kriminelle Gehalt mit der Begehung. Es sind sicher mehrere Rechtssätze verletzt: § 49 in Verbindung mit dem in Frage stehenden Delikt und § 47 in Verbindung mit demselben Deliktstatbestand. Es werden offensichtlich dasselbe oder dieselben Rechtsgüter geschützt. Denn die Handlung des Täters ist unmittelbar gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet, die des Gehilfen nur mittelbar. Für den kriminellen Gehalt entscheidet aber die Wirksamkeit des Angriffes. Dabei ist klar, daß der Angriff geringere Wirksamkeit hat, der erst durch Vermittlung eines anderen zur Auswirkung gelangt.

Die geringere Wirksamkeit mildert auch den Schuldvorwurf. Aus diesem Grunde mögen die Bestrebungen der jetzigen Strafrechtskommission bedenklich erscheinen, die keinen Unterschied machen wollen zwischen Täterschaft und Beihilfe, sondern diese zusammenfassen

[111] § 73, Anm. 13b, 2.

[112] Allgemeine Meinung (wenn auch oft Subsidiarität angenommen wird).

wollen unter den Begriff „Beteiligung an einem Verbrechen". Wenn nach der Schuld bestraft werden soll, dann muß auch in Zukunft der Gehilfe milder bestraft werden als der Täter; denn die Vorwerfbarkeit eines mittelbaren Angriffes auf ein Rechtsgut wird stets geringer sein als die eines unmittelbaren.

Der kriminelle Gehalt des § 47 in Verbindung mit dem Grunddelikt nimmt den des § 49 mit dem Grunddelikt in sich auf, weil trotz allem doch nur ein Erfolg, eine Güterverletzung, eingetreten ist. Das begangene Unrecht wird durch Bestrafung der täterschaftlichen Begehung voll abgegolten.

In den Fällen, in denen der Gehilfe von vornherein die Absicht späterer täterschaftlicher Begehung hat, kann das Ergebnis kein anderes sein.

2. Konsumtion der Beihilfe durch die Anstiftung.

Konsumiert wird die Beihilfe von der Anstiftung: A stiftet den X zum Mord an und unterstützt ihn dann durch Gehilfenhandlungen. Der Rechtsgüterschutz ist identisch; denn auch die Teilnahmebestimmungen sind hinsichtlich einer Rechtsgüterverletzung aufgestellt, nicht um ihrer selbst willen. Das Rechtsgut der Beihilfe deckt sich mit dem der Täterschaft, und (teilweise) mit dem der Anstiftung. Auch die Anstiftungsstrafe soll in erster Linie der Verletzung eines Rechtsgutes des besonderen Teiles vorbeugen. Aber dem Anstiftungstatbestand wohnt noch ein Zusatz inne, ein ihm allein eigenes Rechtsgut ist in ihm geschützt: die Rechtssicherheit, die darin besteht, daß keine verbrecherischen Motive in den Rechtsunterworfenen hervorgerufen werden soll (Beweis: §§ 110, 111). Diese Rechtssicherheit wird durch die vollendete Anstiftung verletzt. Man kann hiergegen nicht einwenden, daß dann auch eine nicht erfolgreiche Anstiftung bestraft werden müßte. Da das geltende Strafrecht grundsätzlich nur die Verletzung eines Rechtsgutes unter Strafe stellt, bleibt ein erfolgloser Angriff unberücksichtigt als strafloser Versuch. Nur in den Fällen der Aufforderungsdelikte ist die erfolglose Anstiftung als versuchte Anstiftung strafbar. Der Anstiftungstatbestand schützt also zwei Rechtsgüter, das eines Tatbestandes des besonderen Teiles und das nur in ihm enthaltene der Rechtssicherheit. Im Verhältnis der Beihilfe zur Anstiftung ist aber die Identität des Güterschutzes gewahrt, der kriminelle Gehalt der Anstiftung nimmt den der Beihilfe in sich auf, so daß nur wegen Anstiftung zu bestrafen ist. (Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Möglichkeit einer Konsumtion der ersten Alternative des § 49a.)

Als weitere Kombinationsmöglichkeit von leichteren und schwereren Teilnahmeformen sei erwähnt die Anstiftung zur Beihilfe und die Beihilfe, wo ebenfalls Konsumtion stattfindet.

3. Konsumiert wird nie eine Anstiftungsstrafe, weil die Identität des Güterschutzes nicht gewahrt ist.

Treffen hingegen die Anstiftung, sei es auch nur zur Beihilfe, und Täterschaft zusammen, dann kann von einer Konsumtion wegen

mangelnder Identität des Rechtsgüterschutzes nicht gesprochen werden. Nach den besprochenen Grundsätzen ist daher nicht zu behandeln der Fall, daß Anstiftung und Mittäterschaft an derselben strafbaren Handlung zusammentreffen. Erstens handelt es sich hier nicht um eine leichtere Teilnahmeform gegenüber einer schwereren; denn die Strafe des Anstifters ist gleich der des Täters. Aus diesem Grunde kann schon der kriminelle Gehalt des täterschaftlichen Tatbestandes den der Anstiftung nicht in sich aufnehmen. Die Beweisführung des Reichsgerichtes[113] kann nicht überzeugen. Das Reichsgericht erklärt den von ihm angenommenen Wegfall der Anstiftungsstrafe gegenüber der Täterstrafe nicht durch Konsumtion, sondern dadurch, daß es in einem solchen Falle die Anstiftung für nicht tatbestandsmäßig hält, weil § 48 eine von einem anderen begangene strafbare Handlung erfordere. An diesem Erfordernis fehle es, da die ganze Handlung in ihrem Verlauf für den Anstiftenden keine fremde, sondern seine eigene sei; denn die Handlung würde in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit den Mittätern begangen, jeder der Mittäter habe das, was die anderen getan hätten, zu vertreten, als hätte er es selbst getan, und die Tätigkeit des einen sei rechtlich nicht von der Tätigkeit des anderen zu unterscheiden.

Diese Ansicht muß als irrig bezeichnet werden; denn mag die Handlung auch in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken begangen sein, mag die Tat auch die eigene eines jeden Mittäters sein, so ist doch für jeden eine strafbare Handlung gegeben, und der eine Mittäter ist zu dem zweiten Mittäter, der ihn angestiftet hat, stets ein anderer, der eine strafbare Handlung begangen hat. Die Argumentation des Reichsgerichtes widerlegt sich selbst, wenn sie sagt, jeder Mittäter habe das, was der andere getan hat, zu vertreten: jeder ist also für sich betrachtet Täter. Das Reichsgericht will doch nicht behaupten, daß ein Mittäter für sich allein keine strafbare Handlung begangen habe. Wenn es das aber verneint, dann wird es sich der Feststellung nicht verschließen können, daß der Tatbestand der Anstiftung sehr wohl erfüllt ist. Denn mag die Handlung auch eine einheitliche sein, so bleiben doch die Täter verschiedene Personen, und für den einen ist der andere immer ein „anderer" im Sinne des § 48, der eine strafbare Handlung begangen hat.

Die Argumentation des Reichsgerichtes war also falsch, aber auch das Ergebnis war nicht richtig, denn Konsumtion kann in einem solchen Falle zweifellos nicht vorliegen, weil die Identität des Rechtsgüterschutzes nicht gewahrt ist: das durch den Anstiftungsparagraphen geschützte Rechtsgut ist außerdem Rechtsgut, zu dessen Verletzung angestiftet wird, die Rechtssicherheit, daß in den Hirnen der Mitmenschen keine täterschaftlichen, auf Gesetzesverletzung abzielenden Gedanken erweckt werden, wie eben dargelegt wurde. Wegen mangelnder Identität des Rechtsgüterschutzes kann Konsumtion nicht vorliegen; denn würde man den Anstifter und späteren Täter nur wegen der Täterschaft bestrafen, dann käme nur die Verletzung des

[113] RG., 26/198.

Rechtsgutes des besonderen Teiles zur Vergeltung. Es bliebe also noch etwas übrig. Daher ist der kriminelle Gehalt des Tätertatbestandes gegenüber dem Anstiftungstatbestand nicht umfassend. Das ergibt sich auch aus der Anstifterstrafe („wie der Täter"). Beide Tatbestände haben ihren eigenen kriminellen Gehalt, schützen verschiedene Rechtsgüter.

Konsumiert werden kann also nie eine Anstiftungsstrafe, weil durch § 48 ein Rechtsgut geschützt wird, das n u r in ihm enthalten ist, von einer Identität des Rechtsgüterschutzes des Täter- und Anstiftungstatbestandes also keine Rede sein kann. Das ist aber Voraussetzung für die Möglichkeit einer Konsumtion.

cc) Konsumtion als strafumfaßte Nachtat.

Durch § 259 sind die Grundlagen für eine Nachtat aufgestellt. § 259 stellt selbst eine Nachtat dar, wenn auch keine straflose, da diese Identität des Täters der Vor- und Nachtat zur Voraussetzung hat. § 259 ist aber darum von ausschlaggebender Bedeutung, weil er die Voraussetzungen beschreibt, die vorliegen müssen, damit von einer Nachtat die Rede sein kann. Das Wesentliche der Nachtat ist, daß sie auf Sicherung oder Verwertung der mittels eines Deliktes erlangten Sachen gerichtet ist[114]. Nur wenn der Täter der Vortat identisch ist mit dem der Sicherungs- oder Verwertungshandlung, kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Nachtat eine straflose ist. Der Ausdruck „straflose" Nachtat ist bemängelt worden. Mit Recht: Denn die Nachtat ist keineswegs straflos. Auch bei der Nachtat als Fall der Konsumtion beruht das Zurücktreten des einen Gesetzes auf dem erschöpfenden Umfange des kriminellen Gehaltes der Vortat. Mit der Bestrafung aus der Vortat sind bereits alle Handlungen bestraft, die zur Sicherung oder Ausnutzung der Vortat dienen. Die „straflose" Nachtat ist also in Wirklichkeit eine „vorbestrafte[115]", eine strafumfaßte. Die Voraussetzungen, unter denen die Nachtat von der Vortat umfaßt wird, sind dieselben, wie bei allen Fällen der Gesetzeskonkurrenz: der kriminelle Gehalt der Vortat muß den der Nachtat in sich aufnehmen bei Identität des Güterschutzes. Dieselben Güter dürfen im Enderfolg nur einmal verletzt sein.

1. Die Absichtsdelikte.

Ob eine strafumfaßte Nachtat vorliegt, kann sich wieder nur im konkreten Falle zeigen. Die in Betracht kommenden Deliktstatbestände weisen, abstrakt betrachtet, keinen Beziehungspunkt auf, auf Grund dessen der eine von dem anderen aufgezehrt werden könnte. Man denke an das Verhältnis des § 242 zu § 246, des § 263 zu § 246: nichts deutet darauf hin, daß mit der Bestrafung aus der einen Norm die aus der anderen abgegolten sein könnte. Und doch ist noch niemals ein Dieb oder ein Betrüger wegen Unterschlagung bestraft worden, weil er sich die gestohlene oder erschwindelte Sache nach-

[114] Mezger, S. 476; RG. 1/281.
[115] Frank, S. 241.

träglich zugeeignet hat. Bei einer solchen Fallgestaltung umfaßt der kriminelle Gehalt der Vortat den der Nachtat: in § 242 werden der Gewahrsam und die freie Eigentumsausübung als Rechtsgüter geschützt, im § 246 nur die freie Eigentumsausübung. Wird also diese an einer bestimmten Sache durch Gewahrsamsbruch verletzt, so ist die weitere Verletzung der freien Eigentumsausübung durch Unterschlagung derselben Sache in ihrem Unrechtswert von der ersten Handlung erfaßt. Zwar wird die Möglichkeit der Wiedererlangung für den Eigentümer unter Umständen erschwert, da aber die Handlungen sowohl vom Standpunkt des Gesetzgebers (... in der Absicht sich ... zuzueignen), als auch vom Standpunkt des Täters aus ihrem inneren Zusammenhange nach eine Einheit darstellen, da die Unterschlagung nur die Verwirklichung der bereits beim Diebstahl vorliegenden Absicht ist, da endlich schon diese Absicht bestraft wird, ist der Unrechtswert der Verwirklichung der Absicht durch die Strafe für die Absicht abgegolten. Der kriminelle Gehalt des § 242 sei a (Verletzung der freien Eigentumsausübung) + b (Gewahrsamsverletzung), der des § 246 nur a (Verletzung der Freiheit der Eigentumsausübung); der kriminelle Gehalt des § 246 ist also in § 242 enthalten, so daß eine Bestrafung auch aus § 246 über das angerichtete Unrecht hinausgehen würde; das ist aber nicht angängig. Es wäre ja ein Unding, wenn ein Dieb eine Sache nur wegnähme, ohne auch nachher den Nutzen aus seiner Tat zu ziehen. Deswegen hat er gerade weggenommen (... in der Absicht ...)! Sonst läge gar kein Diebstahl vor. Man darf nicht sagen, wenn schon die Absicht bestraft wird, wieviel mehr müßte dann die Ausführung der Absicht strafbar sein. Der Grund für die Bestrafung der in dieser Absicht vorgenommenen Handlung liegt vielmehr darin, daß es anders gar nicht möglich war, die Diebstahlshandlung als solche (d. h. nur den Akt der Wegnahme) tatbestandlich festzulegen. Denn in der Wegnahme allein kann nie gleichzeitig eine Zueignungshandlung liegen, dazu bedarf es einer weiteren Verwertungshandlung. Uno actu ist sie unmöglich. Man hätte den Diebstahlsparagraphen auch dahin formulieren können: „Wer eine fremde bewegliche Sache wegnimmt und sich dieselbe rechtswidrig zueignet ...“ Dann wäre ohne weiteres klar, daß eine Bestrafung wegen Unterschlagung der durch den Diebstahl erlangten Sache nicht neben der Diebstahlsstrafe in Frage kommen kann; denn dann wäre der Diebstahlsparagraph zu § 246 lex specialis: nie wäre der Diebstahlsbestand verwirklicht, ohne daß gleichzeitig Unterschlagung gegeben wäre. Es würde genau dasselbe Verhältnis vorliegen, wie zwischen § 267 und § 270.

Eine solche Fassung des Diebstahlsparagraphen war aber nicht möglich, da damit der Diebstahl zum zweiaktigen Delikt gemacht worden wäre, eine Bestrafung folglich erst würde möglich gewesen sein, wenn der Täter beide Akte vollendet hätte. Damit wäre die Strafbarkeit in das Belieben des Täters gestellt: er hätte alles wegnehmen können, was ihm in die Hände kam, ohne eine Bestrafung befürchten zu müssen, wenn er nur von Zueignungshandlungen ab-

sah. Um dieses zu verhindern, hat man es für § 242 ausreichend sein lassen, daß die Wegnahme in der Absicht der späteren Zueignung vorgenommen würde. Der Gesetzgeber hat also die Strafbarkeit des Erfolges, ja den Erfolg selbst, in ein früheres Stadium vorgerückt. Damit wollte er aber nicht die nachfolgende Unterschlagung noch außerdem strafbar sein lassen. Er wurde eben zu dieser Diebstahlsdefinition aus den erwähnten Gründen gezwungen. Der Unrechtswert der Handlung wird durch die tatsächliche Zueignung nicht größer, denn es werden keine weiteren Rechtsgüter verletzt.

Die eben dargelegten Gründe sind für alle Fälle der „Absichtsdelikte", d. h. solche, bei denen schon bei Ausführung der Vortat die auf die Begehung der Nachtat gerichtete Absicht vorhanden ist, zutreffend und maßgebend, daher müssen auch die Folgerungen daraus die gleichen sein: die Bestrafung der mit einer bestimmten Absicht vorgenommenen Handlung schließt die Bestrafung der aus der Absicht folgenden Handlung aus. So konsumiert die Bestrafung aus § 146 die des Inverkehrbringens, vorausgesetzt natürlich, daß damit kein von den §§ 146, 147 nicht geschütztes Rechtsgut verletzt wird. Liegt in dem Inverkehrbringen z. B. ein Betrug, so ist der Unrechtswert der Nachtat nicht von dem der Vortat umfaßt, so daß § 146 und § 263 in Realkonkurrenz treten müssen.

Die Verwirklichung der in § 234 vorhandenen Absicht begründet kein neues Vergehen, ebenfalls nicht die des § 236. Auch nicht die dem Raube folgende Zueignung, oder die Verwertung der erpreßten Sache.

2. § 265 ist keine lex consumta.

Nicht hierher gehört § 265, Versicherungsbetrug. Auch bei ihm ist zwar bei Begehung der Vortat die Absicht der Begehung der Nachtat schon vorhanden. Trotzdem kann ein Zurücktreten des § 263 nicht stattfinden[116]. § 263 kann niemals eine strafumfaßte Nachtat sein.

Bei den übrigen „Absichtsdelikten" war durch die Vortat stets bereits eine Verletzung der Rechtsgüter eines bestimmten Rechtsgutsträgers eingetreten. Die Aufzehrung der Nachtat konnte stattfinden, weil kein neues Rechtsgut, aber auch kein weiterer Rechtsgutsträger verletzt wurde[117]. War dies jedoch der Fall, dann war eine zweifache Rechtsgüterverletzung eingetreten. Der Unrechtswert der Nachtat hielt sich nicht im Rahmen des der Vortat. Bei § 265 wird aber das Rechtsgut erst durch die Nachtat verletzt, durch die Vortat wird die Nachtat nur vorbereitet. § 265 ist also an sich eine subsidiäre Norm. Daß ein Wegfall gegenüber § 263 nicht eintritt, liegt daran, daß die Identität des Güterschutzes nicht gewahrt ist. Dann in § 265 ist der Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit mit berücksichtigt und folglich eine höhere Strafe angedroht. Wenn Frank[118] behauptet, die Bestrafung aus § 263 entfalle aus demselben Grunde, wie beim Diebstahl die nachträgliche Zueignung straflos

[116] Sieverts, S. 198; RG. 17/67.
[117] Mezger, S. 477.
[118] § 265.

bleibe, so beruht das auf der Verkennung der Tatsache, daß mit Verwirklichung des § 265 kein Rechtsgut verletzt, sondern nur eine Gefährdung eingetreten ist, daß § 265 also den Charakter einer Vorbereitungshandlung hat. In § 242 ist der Eigentümer schon durch die Wegnahme der Sache in seiner freien Herrschaftsmöglichkeit beeinträchtigt worden, deswegen wurde bei Verwertung der Sache die Schuld des Täters nicht größer, wenn er kein anderes Rechtsgut und keinen anderen Rechtsgutträger verletzte. Durch § 265 wird die Verletzung aber erst vorbereitet, um die Verwirklichungsmöglichkeit durch die Nachtat zu erreichen. § 265 und § 263 schützen auch nicht dasselbe Rechtsgut. Außerdem fordern die Vortat-Tatbestände eine Verletzung des Rechtsgutes, während die leges subsidiariae nur die Bedrohung unter Strafe stellen. Tritt die Verletzung erst durch die Nachtat ein, dann kann von einem Strafumfaßtsein der Nachtat keine Rede sein, da der kriminelle Gehalt sich nicht im Rahmen der Vortat hält.

Gesetzeskonkurrenz im Sinne der strafumfaßten Nachtat ist also nur dann gegeben, wenn beide Tatbestände im konkreten Falle dieselben Rechtsgüter schützen, mag auch der Vortat-Tatbestand noch ein weiteres Rechtsgut schützen, und wenn durch die Nachtat kein neuer Schaden angerichtet ist. Dann nimmt der kriminelle Gehalt der Vortat den der Nachtat in sich auf.

3. Die dargelegten Gründe sind für alle Fälle der strafumfaßten Nachtat maßgebend.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Fälle der Absichtsdelikte, sondern für alle anderen, in denen die Nachtat nur als notwendige Folge der Vortat angesehen werden kann. In dem oben aufgestellten Rahmen sind alle die Handlungen straflos, die der Täter zur Sicherung oder Verwertung der Hauptat vornimmt.

Entscheidend auch für die Konsumtion als strafumfaßte Nachtat war die Identität des Rechtsgüterschutzes und der umfassende kriminelle Gehalt der Vortat. Weiter durfte auch hier nur eine Rechtsgutsverletzung im Enderfolg vorliegen. War dasselbe Rechtsgut zweimal, oder ein anderes als das der Vortat, verletzt, dann konnte ein Zurücktreten der Nachtat nicht in Betracht kommen, weil die Grundlagen hierfür fehlten.

III. SCHLUSS

EINE LEGISLATIVE BEHANDLUNG DER GESETZESKONKURRENZ KOMMT NICHT IN BETRACHT.

Mancher wird vermissen, daß in der vorliegenden Arbeit verhältnismäßig wenig Beispiele für die einzelnen Fälle der Gesetzeskonkurrenz gegeben wurden. Es konnte jedoch nicht die Aufgabe sein, die gefundenen Erkenntnisse durch so viele Beispiele wie irgend möglich, zu belegen; es kam nicht darauf an, alle Paragraphen des Strafgesetzbuches daraufhin zu untersuchen, ob zwischen ihnen ein Fall der Gesetzeskonkurrenz vorliegen könnte und welcher, sondern es konnte nur die Aufgabe sein, die ungeheure Wirrnis, die in der Literatur über diese Begriffe herrscht, zu bekämpfen. Die Arbeit sollte kein Nachschlagewerk sein, sie sollte lediglich die Erscheinung Gesetzeskonkurrenz in ihren Grundlagen und Merkmalen erfassen.

Es ist noch die Frage berechtigt, ob die Gesetzeskonkurrenz zweckmäßig einer gesetzgeberischen Behandlung zu unterziehen wäre, ob in einem Paragraphen des neuen Strafgesetzbuches unter einem besonderen Abschnitt „Konkurrenz von Gesetzestatbeständen" die Fälle der Gesetzeskonkurrenz definiert würden und an die Definition die Folgerung zu knüpfen wäre, daß nur ein Gesetz zur Anwendung zu kommen habe. Ich möchte diese Frage verneinen. Eine Konkurrenz von Tatbeständen der Art, daß der eine den anderen nicht zur Anwendung kommen läßt, wird jedem, wie immer gearteten Strafgesetzbuch immanent sein, weil die Ausflüsse der gesetzgeberischen Technik sie notwendig zur Folge haben. Folgerungen aus der Aufstellung eines Gesetzes dürfen aber nicht ihrerseits kodifiziert werden. Man kann es selbstverständlich tun, wenn man etwas Überflüssiges tun will. Die Normierung einer Folgerung ist etwas Überflüssiges: jedes Gesetz bedarf der Auslegung, aus jeder Systematik ergeben sich bestimmte Regeln. Die Auslegung vorzunehmen, die Regeln klarzustellen, kann niemals Aufgabe des Gesetzgebers, sondern nur und stets des Gesetzanwenders sein. Von einem Gesetz verlangt man ohne weiteres, daß der Gesetzgeber es durchdacht hat, er braucht seine Denkarbeit nicht durch Normierung von Auslegungsregeln zu bestätigen. Auslegung und Erforschung der sich aus der Systematik ergebenden Regeln ist lediglich Sache des Rechtsanwendenden. Daher darf die Gesetzeskonkurrenz, die durch Auslegung und Erforschung der Systematik zu ermitteln ist, nicht vom Gesetzgeber normiert werden, sondern ihre Erkenntnis muß der Wissenschaft überlassen bleiben.

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN LITERATUR.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 9. Aufl., 1934.
Beling: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930.
— Lehre vom Verbrechen, 1906.
v. Bar: Gesetz und Schuld, Band 3, 1909.
Binding: Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl., Leipzig 1890.
— Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
v. Buri: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879.
— Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen 1894.
Birnbaum: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, Archiv des Kriminalrechts, 1834, S. 149 ff.
Baumgarten: Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 103, 1909.
Dahm: Verbrechen und Tatbestand, 1935.
Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechtes, 1913.
Finger: Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse, GS., 40/139 ff.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechtes, 1847.
Gallas: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung i. d. Festschrift zum 60. Geburtstag von Gleispach, Berlin 1936.
v. Gemmingen: Besprechung von Sieverts „Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen". Archiv für Rechtsphilosophie, 1936.
Gürtner: Bericht über die Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission, 1934.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl.
Hegler: Merkmale des Verbrechens, ZStW. 36/19 ff.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht, 1932.
Hirschberg: Über die Gesetzeskonkurrenz, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 53/34 ff.
— Die Schutzobjekte der Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 113.
Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901.
Honig: Die Einwilligung des Verletzten, Berlin 1919.
— Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit 1925.
— Straflose Vor- und Nachtat, Leipzig 1927.
Jhering: Der Zweck im Recht, 4. Aufl., 1904.
John: Beiträge zu der Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, Goltdammers Archiv III, S. 497, 620 ff.
Klee: Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR., 36, S. 1 ff.
Köhler: Die Grundlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, München 1900.
Köstlin: Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechtes.
Lent: Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß 1912.
v. Liszt: Der Zweckgedanke im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 3/39.
— Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht, ZStW. 8/133 ff.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 20. Aufl., 1914.
Lobe: in Leipziger Kommentar, Allgem. Teil, 1933.

Löning: Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht, 1885.
Macchiavelli: Vom Staat (in der Ausgabe von Floerke bei Müller, München 1925).
Marezoll: Das gemeine deutsche Criminalrecht, 1841.
Martin: Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechtes, 1829.
Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes, 1923.
Merkel: Die Lehre vom Verbrechen und Strafe, 1912.
Mezger: Strafrecht, 1933.
Oetker: Rechtsgüterschutz und Strafe, ZSTW. 17/493.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1927.
Oppenheim: Die Objekte des Verbrechens, 1894.
RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rohwedder: Die Strafauffassung des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Breslau 1911.
Sauer: Grundlagen des Strafrechtes, 1921.
Schaffstein: Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Berlin 1935.
— Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1934.
Sieverts: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, Hamburg 1934.
Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869.
Schwartz: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, 1914.
Wachenfeld: Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893.
Zitelmann: Internationales Privatrecht, Leipzig 1897.

LEBENSLAUF.

Am 26. Juli 1909 wurde ich als Sohn des Kaufmannes August Grimme und dessen Ehefrau Louise, geb. Arnemann, in Kiel geboren. Bis zur Untertertia einschließlich erhielt ich zu Hause Privatunterricht. Ostern 1923 trat ich in die Untertertia des Gymnasiums in Rendsburg ein, wohin meine Eltern inzwischen übergesiedelt waren. Auf dieser Lehranstalt bestand ich Ostern 1929 die Reifeprüfung.

Ich studierte dann Rechts- und Staatswissenschaften auf den Universitäten in Heidelberg, München, Hamburg und Kiel. Am 12. Juni 1933 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichtes in Kiel die erste juristische Staatsprüfung. Den Vorbereitungsdienst leistete ich ab an dem Amtsgericht in Rendsburg, dem Landgericht in Kiel, Schöffengericht und Staatsanwaltschaft in Altona, Rechtsanwaltsstation bei Rechtsanwalt Peters in Wandsbek, Verwaltungsstation bei der Sparkasse des Kreises Stormarn.

Nach Ableistung des Lagerdienstes in Jüterbog wurde ich dem Oberlandesgericht in Hamburg überwiesen. Hier bestand ich am 5. Dezember 1936 die große juristische Staatsprüfung.

Bei der Anfertigung meiner Dissertation habe ich von Herrn Professor Sieverts in Hamburg wertvolle Anregungen erfahren, für die ich an dieser Stelle meinen Dank ausspreche.

Eberhard Grimme.